

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA, PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A **FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO — ASSESPRO NACIONAL**, pessoa coletiva de Direito Privado e de âmbito nacional (como seu próprio nome revela), sem fins lucrativos, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) sob o nº 42.581.264/0001-26, com sede no SRTVS, Quadra 701, Ed. Centro Empresarial Brasília, bloco A, salas 829/831, Brasília, DF (Doc. nº 1), vem à honrada presença de Vossa Excelência, por intermédio dos advogados constituídos no instrumento procuratório anexo (Doc. nº 2), e tendo por base os arts. 102, inciso I, alínea *a*, e 103, inciso IX, todos da Constituição Federal de 1988, assim como os pertinentes artigos da Lei nº 9.868/1999 e o art. 5º do Regimento Interno desse Colendo Supremo Tribunal (“RISTF”), propor

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, *COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR,*

em prol: a) do Decreto Executivo Federal nº 3.810, de 2 de maio de 2001, que promulgou o Acordo de Assistência Judiciário-penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (*Mutual Legal Assistance Treaty – “MLAT”*); b) do artigo 237, inciso II, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), e dos artigos 780 e 783 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), versantes, em seu conjunto, das relações jurisdicionais do Brasil com autoridades estrangeiras, pelo que ela, ASSESPRO NACIONAL, passa a expor as subseqüentes razões de fato e fundamentos de Direito.

A título subsidiário, a acionante requer, desde já, que a presente ação de exame abstrato de constitucionalidade seja recebida como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (“ADPF”), pois também é fato que há decisões judiciais proferidas em desrespeito a normas constitucionais de tal compostura sistêmica; ou seja, tipificadas pela sua dimensão de preceitos constitucionais-fundamentais. É o que passa a demonstrar.

I. Síntese do objeto da presente Ação Declaratória de Constitucionalidade

1. Qual o objeto, então, da presente ADC, por modo mais afunilado? Assentar a constitucionalidade de normas de **cooperação jurídica internacional** entre autoridades judiciárias brasileiras e estrangeiras. Logo, opera como instrumento de envergadura constitucional, previsto nos arts. 102, I, *a* e 103, IX, apto a chancelar a constitucionalidade de **lei** ou de **ato normativo** federal que esteja sendo alvo de controvertida interpretação pelos tribunais judiciários da República Federativa do Brasil.

2. No cenário aqui retratado, tanto lei quanto ato normativo tem a sua constitucionalidade questionada por diversas decisões judiciais. Na primeira hipótese, são os **Códigos de Processo Civil e Penal**, nos artigos pertinentes à **carta rogatória**, que têm sido alvo de não-aplicação por alegada inconstitucionalidade pelos tribunais pátrios. Respectivamente, artigos 237¹, inciso II, e 780² e 783³.

3. Já no que diz respeito ao **ato normativo federal**, trata-se do Decreto Executivo nº 3.810⁴, de 2 de maio de 2001, entendido, em função do seu objeto, como ato de caráter geral, abstrato e impessoal, com âmbito temporal de vigência em aberto, que internalizou

¹ CPC: “Art. 237. Será expedida carta:

[...] II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro;”

² CPP: “Art. 780. Sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste Título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal.”

³ CPP: “Art. 783. As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes.”

⁴ “Art. 1º 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, e corrigido por troca de Notas em 15 de fevereiro de 2001, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Acordo, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.”

no Direito brasileiro o **Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal** entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América⁵.

4. Pois bem, como parte da Ordem Jurídica brasileira, o referido Acordo foi assinado em 14 de outubro de 1997 e aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 262, de 18 de dezembro de 2000. Entrou em vigor no Direito Interno brasileiro pelo já mencionado Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001. Dando-se que, em razão da sua sigla em inglês, é comumente chamado de **MLAT - “Mutual Legal Assistance Treaty”**.

5. Mais: o referido acordo, embora seja habitualmente usado nas promoções e requisições de provas, além de realização de diligências sobre pessoas, bens e haveres situados fora do Brasil, tanto para investigação criminal quanto para instrução penal em curso no País, também tem experimentado contração e recusa de aplicabilidade quanto às empresas do setor de tecnologia. Contração e recusa de aplicabilidade por efeito de decisões judiciais que se escoram, centralmente, no pretense fundamento da violação ao princípio da soberania nacional brasileira.

6. Assim descrito o contexto factual-jurídico da matéria ora submetida a esse Colendo Tribunal, o que se tem é uma incessante controvérsia judicial e em dimensão justificadora do cabimento da presente ADC. Cabimento de que a acionante dá novas demonstrações nas linhas que vão adiante.

II. A legitimidade ativa da ASSESPRO NACIONAL como entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, IX, da CF/88)

7. A requerente passa à fase de sua própria qualificação como entidade de âmbito nacional, para o fim de evidenciar a legitimação especificamente estampada no inciso IX⁶, do art. 103, da Constituição Federal. Legitimação que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal abona por modo confortável para a pretensão da acionante. Isto pela consideração inicial de que o STF interpreta o vocábulo “classe” como categoria econômica ou profissional homogênea. Fazendo-o, conforme consta do voto proferido

⁵ Ver íntegra do acordo internalizado pelo Decreto nº 3.810/2001 (Doc. 35).

⁶ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

pelo Ministro Celso de Mello na ADI nº 108, pela vocalização do entendimento de que tal vocábulo (“classe”) pressupõe “a presença de um elemento unificador que, fundado na essencial homogeneidade, comunhão e identidade de valores, constitui o fator necessário de conexão, apto a identificar os associados que as compõem como membros efetivamente pertencentes a uma determinada classe”, justamente⁷.

8. Quanto ao requisito territorial do “âmbito nacional”, ele é aferido mediante aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995). Aplicação que dá no seguinte e remansoso reconhecimento: têm caráter nacional as entidades representadas em, pelo menos, 9 (nove) Estados da Federação. Tudo de acordo com o §1º do art. 7º desta última lei (a de nº 9.096/95), requisito plenamente atendido pela acionante, conforme documentação anexa (Doc. nº 3).

9. Note-se, ainda, que as entidades de classe de âmbito nacional são apropriadamente vistas pelo Supremo Tribunal Federal como legitimadas especiais para a propositura de ADC, porém por modo oposto àquele que timbra as legitimadas universais. Isso porque elas, entidades de classe, precisam demonstrar o requisito da pertinência temática entre as suas finalidades institucionais e os dispositivos legais impugnados na pertinente ação. Ao contrário das legitimadas universais, todas elas a salvo de tal requisito.

10. Esclarecida e enfrentada a questão, acrescenta-se que a Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação — Assespro Nacional —, ora Requerente, consiste em entidade de classe de âmbito nacional, dotada de toda pertinência temática para a propositura da presente ADC. É que ela, acionante, consiste em típica “entidade de classe”, na medida em que representa nacionalmente as empresas de tecnologia da informação; categoria econômica homogênea, então, voltada para o desempenho de atividades que envolvam técnicas/recursos de informática e processamento de dados. Nesse sentido, de se ver o que dispõem os artigos 2º e 3º do seu Estatuto Social (Doc. nº 1):

⁷ ADI 108, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, STF, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/1992, DJ 05-06-1992 PP-08427.

“Art. 2º - A ASSESPRO NACIONAL é organizada com o propósito de propiciar e incentivar o desenvolvimento da tecnologia da informação nacional, através do fortalecimento das empresas nacionais de tecnologia da informação.

§ único - Para fins destes Estatutos, considera-se **Tecnologia da Informação todas as atividades desenvolvidas pelos recursos da Informática ou a aplicação de diferentes ramos da tecnologia no processamento de informações, incluindo, mas não se limitando aos setores de telecomunicações e internet.** (Sem destaques no original).

Art. 3º - **A ASSESPRO NACIONAL tem por finalidade principal representar, patrocinar e defender os interesses gerais das empresas de tecnologia da informação,** bem como, agir buscando consolidar e disseminar o uso da tecnologia da informação como fator preponderante para o desenvolvimento do Brasil.

§ único - Dentro dos propósitos e objetivos fixados neste artigo, cumprirá à ASSESPRO NACIONAL:

I. Propor e defender medidas de apoio e incentivo às empresas associadas;

[...]

XX. Representar as Assespros Regionais e as empresas associadas a estas, **judicial** ou extrajudicialmente nos termos do artigo 5º inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil [...].”

11. Ora, material ou tematicamente, incluem-se nos objetivos institucionais da Assespro Nacional “propor e defender medidas de apoio e incentivo às empresas associadas” e “representar as Assespros Regionais e as empresas associadas a estas, judicial ou extrajudicialmente, nos termos do artigo 5º inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil [...]” (art. 3º, I e XX, do Estatuto Social).

12. Já em relação ao requisito do âmbito nacional de atuação, cumpre salientar que a Assespro Nacional é constituída há mais de **trinta e cinco anos**, congregando mais de **1.500 (mil e quinhentas) empresas do setor de tecnologia da informação**, distribuídas em **entidades regionais que atuam em 13 (treze) unidades da Federação** (Doc. nº 3).

13. Resultam plenamente atendidos, assim, os requisitos do caráter nacional- geográfico de atuação e aquele da pertinência material ou temática. Mais até, a requerente age permanentemente no setor da tecnologia da informação em âmbito internacional. Onde constituir-se em membro da *World Information Technology and Services Alliance* (WITSA) e da *Federación de Asociaciones de América Latina, el Caribe, España y Portugal de Entidades de Tecnologías de Información y Comunicación* (ALETI).

14. Ademais, é evidente a pertinência temática entre objetivos da Assespro Nacional e o objeto da presente ação declaratória. De fato, a entidade representa a categoria econômica diretamente atingida pela controvérsia judicial quanto à aplicação dos dispositivos legais que se pretende declarar a constitucionalidade. Como já se pode perceber a partir da análise do estatuto da Requerente, a tecnologia da informação consiste no variado conjunto de atividades que se utiliza da computação como meio para produzir, transmitir, armazenar e usar informações, “incluindo, mas não se limitando aos setores de telecomunicações e internet”.

15. Desse modo, e à luz do próprio Estatuto da requerente, fica bem esclarecido que as aplicações de internet, sobretudo aquelas que viabilizam a comunicação entre pessoas pela rede mundial de computadores, consistem em atividade abrangida pelo setor da tecnologia de informações. Por conseguinte, a interpretação que afasta a aplicabilidade do Decreto nº 3.810/2001, bem como dos artigos 780 e 783 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941) e do artigo 237, II do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), por motivos de suposta afronta à soberania nacional, **repercute drástica e especificamente sobre o âmbito de atuação das empresas de tecnologia da informação, inclusive empresas estrangeiras com presença no Brasil**. Setor econômico representado, uniforme e permanentemente, pela entidade acionante.

16. Com efeito, a prevalecer a não declaração da constitucionalidade dos dispositivos supramencionados, grande parcela das empresas estrangeiras que atuam no setor da tecnologia da informação no Brasil estará sujeita a penalidades tão juridicamente indevidas quanto factualmente desproporcionais e até arbitrárias, com significativos prejuízos aos usuários e ao setor de tecnologia como um todo, já que a atuação de algumas empresas em tal estratégico setor vem se tornando cada vez mais inviável por falta de observância da legislação pátria.

17. Nesse contexto argumentativo, imprescindível é ressaltar que tais penalidades têm sido no sentido de aplicar medidas aberrantes, como, por exemplo, bloqueio ou suspensão do funcionamento de aplicações de internet, multas de valores estratosféricos às empresas do setor, e, em alguns casos, até mesmo a determinação de prisão de seus representantes legais (representantes legais de tais empresas, aclare-se).

18. Ajunte-se que toda essa tipologia de medidas coercitivas é perpetrada por motivo da impossibilidade do fornecimento do conteúdo de comunicações privadas, naqueles casos em que a respectiva ordem judicial deixou de seguir o rito estabelecido no Acordo de Cooperação Internacional entre Brasil e Estados Unidos da América – MLAT, ou fez *tabularasa* da carta rogatória a que se reportam o CPC e o CPP.

19. Também importante é pontuar o quanto as empresas de tecnologia da informação contribuem para o incremento do setor de tecnologia brasileiro, da economia nacional e da sociedade de um modo geral (alinhadamente, portanto, com o art. 219 da Constituição de 1988, assim redigido: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”). Equivale a dizer: além de gerarem renda e emprego para milhares de trabalhadores do setor, recebimentos de tributos e aperfeiçoamentos tecnológicos, tais empresas favorecem o modo como as pessoas se comunicam entre si, seja para estreitar laços familiares ou de amizade, seja para ampliar oportunidades de exercício das profissões e exploração propriamente econômica, seja, enfim, para o facilitado exercício da cidadania.

20. Também daqui se percebe que, ao serem obrigadas pelo Judiciário brasileiro a cumprir decisões conflitantes com as leis dos países de origem e que contrariam as próprias leis brasileiras, sob pena de multas exorbitantes e/ou responsabilização criminal pessoal de seus funcionários, as empresas estrangeiras têm sofrido extrema dificuldade em manter suas operações no Brasil. O que redundava em contração do aparelho produtivo nacional e esgarçamento do vínculo operacional lógico entre a economia brasileira e o objetivo nacional permanente do desenvolvimento (Constituição, inciso II do art. 3º).

III. Resumo factual-jurídico

III.1. O funcionamento do setor da tecnologia da informação

21. Nesse fluxo de imbricamento de fatos e normas, fácil entender que o advento da Internet significou para o setor da tecnologia da informação mudanças do mais avultado número e da mais alta qualificação operacional. Em interregnos cada vez mais curtos, a forma como a sociedade passou a se comunicar, interagir, informar, pesquisar, armazenar

dados, fazer negócios, utilizar serviços financeiros e coisas do gênero passou a experimentar um tipo de empoderamento em escala tão pessoal e geograficamente planetária quanto instantânea ou em tempo real. On-line, como se diz amiúde. Com o que infinitas questões jurídicas passaram e continuam a eclodir, sendo que, na esfera temática da presente ADC, o aspecto central é a localização das empresas que detêm o controle dos dados dos usuários.

III.2. O controle dos dados

22. Atente-se bem: a comunicação pela Internet opera pelo intercâmbio de dados. Sendo ela, Internet, “uma rede de redes” ou um “sistema distribuído” que utiliza um conjunto de protocolos (*Internet Protocol Suite* ou TCP/IP), os respectivos dados são operacionalmente controlados pelos provedores de conexão e/ou provedores de aplicações de internet, exatamente.

23. De sua parte, provedores de conexão são as empresas que fornecem “a habilitação de um terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP”⁸. Já os provedores de aplicações, estes fornecem ou disponibilizam “funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”⁹.

24. Sucedendo que: a) os provedores de aplicações de internet desempenham **atividade exclusivamente privada e gozam de livre iniciativa** para, sobre ela (atividade exclusivamente privada), definirem seus modelos de negócios e respectiva exploração; b) aplicações podem (e em sua grande maioria é assim) ser oferecidas e operadas por empresas estrangeiras, com ou sem presença físico/registral no Brasil, tendo em vista a escala do sistema em dimensão de globalidade geográfica; c) a depender do modelo de negócios, contratos e operações adotados por um provedor de aplicação estrangeiro, ele e somente ele pode ser o controlador dos dados (*data controller*) dos usuários de seus serviços.

25. Pois bem, **a legislação brasileira não proíbe tal modelo de negócios** e nem pode proibir, nesse espectro globalizado das coisas ou com total abertura de mercados em

⁸ Definição de conexão à internet (art. 5º, V do MCI).

⁹ Definição de aplicações de internet (art. 5º, VII do MCI).

escala mundial. Caso contrário, somente aplicativos de internet operados a partir do Brasil seriam aqui permitidos. Noutras palavras, considerando que a vasta maioria dos aplicativos de internet de maior sucesso no mundo foi criada e continua operada a partir de outros países, o Brasil se fecharia aos reclamos do desenvolvimento tecnológico e privaria sua população do uso dos aplicativos mais modernos e de maior impacto no mundo. Opacidade mental e estagnação comunicacional, então, passariam a dar as cartas para um jogo em que o Brasil seria o eterno derrotado.

26. Em suma, tudo fica mais fácil de entender com esta sintética afirmativa: a situação jurídica do provedor de aplicações de Internet como sujeito controlador dos dados é que o faz único destinatário de ordem judicial para a disponibilização deles.

27. Agora, a questão central é saber, a partir da localização física e jurídica do controlador dos dados, qual a autoridade judiciária competente. Em ambos os casos a resposta é simples: a competência para determinar a entrega de dados é da autoridade competente no território em que o provedor de aplicação, com legítima autorização para controlar os dados, estiver localizado.

28. Novo juízo de total relevância: não há nenhuma obrigação prevista em lei brasileira para que os dados de aplicações de internet estejam localizados no Brasil. O que há são obrigações quanto ao respeito de direitos dos usuários e a aplicação da legislação brasileira, o que inclui, por óbvio, a aplicação do inciso II do art. 237 do Código de Processo Civil, dos artigos 780 e 783 do Código de Processo Penal, bem como do Decreto Executivo Federal nº 3.810, de 2 de maio de 2001 (MLAT).

29. Quanto à questão de saber qual a localização do controlador dos dados, ela é essencial para definir a jurisdição competente. Jurisdição competente, óbvio, para ordenar a respectiva disponibilização. Isso porque, se um Estado soberano ordena a disponibilização dos dados que se encontrem sob controle de entidade sob jurisdição de outro Estado soberano, e este veda o fornecimento direto às autoridades estrangeiras (por entender que o mecanismo da cooperação internacional é o único processo legal cabível), não há outra saída para o primeiro Estado: ele tem que recorrer ao instituto jurídico da cooperação internacional, previsto em sua própria legislação. Que não é senão o MLAT. De parelha, no

caso do Brasil, com as competentes cartas rogatórias ou a homologação de sentença estrangeira.

30. Mais uma ponderação: como grande parte dos provedores de aplicações que atuam no País é radicada nos Estados Unidos da América, uma breve apresentação da lei local aplicável se faz necessária para a correta compreensão dos riscos jurídicos a que essas empresas estão expostas, caso entreguem os dados de Internet sem respeitar o devido processo legal. Em especial, o definido no Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001 - MLAT. É o tema do capítulo entrante.

III.3. A lei aplicável: o Ordenamento Jurídico americano a que se submetem os provedores de aplicações de internet que se encontrem estabelecidos nos Estados Unidos da América

31. Serve de bom começo para esse segmento de ideias o registro de que a legislação americana, regente da matéria, impõe severas limitações à possibilidade de provedores de aplicações disponibilizarem conteúdo de comunicação dos seus usuários. Explica-se: de acordo com o *Stored Communications Act* (“SCA”), que constitui o Título II do *Electronic Communications Privacy Act* (“ECPA”), provedores de serviços de comunicações eletrônicas (*Electronic Communication Service* – “ECS”) ou de serviço de computação remota (*Remote Computing Service* – “RCS”) não devem disponibilizar o conteúdo de comunicações, tais como: e-mails, fotos, mensagens etc., com exceção das restritas hipóteses que estejam previstas no SCA. Lei federal americana que autoriza apenas entidades governamentais americanas a obrigar provedores de serviços a divulgar conteúdo de comunicações privadas. E isso em circunstância específicas, apenas.

32. Não é só. A Seção 2702 do SCA relaciona em *numerus clausus* 8 (oito) exceções que permitem, mas não ordenam, que os provedores de aplicativos disponibilizem conteúdo de comunicações dos usuários, desde que presentes as seguintes coordenadas:

- I. para o próprio usuário ou destinatário da comunicação;
- II. para cumprir ordem exarada do sistema de justiça local, nos termos do *Wiretap Act* e a Seção 2703 do SCA;

- III. com o “consentimento legal” de quem enviou a comunicação, do destinatário da comunicação ou do *assinante*, se um provedor de serviço de computação remota;
- IV. para uma pessoa empregada ou autorizada ou cujas instalações são utilizadas para encaminhar essa comunicação para o seu destino;
- V. conforme seja necessário para a prestação do serviço ou a proteção dos direitos, ou propriedade do provedor desse serviço;
- VI. ao *National Center for Missing and Exploited Children*, em conexão com denúncias apresentadas de acordo com as leis federais de segurança infantil;
- VII. para autoridade americana do sistema de justiça se o provedor obtiver inadvertidamente conteúdo para perpetração de um crime;
- VIII. a uma entidade governamental americana, se o provedor acredita, de boa fé que há uma situação de emergência envolvendo perigo de morte ou ferimento físico grave e que a medida a ser tomada requer a divulgação do conteúdo, sem tardança.

33. Resultado: busca-se demonstrar que os provedores de aplicativos de internet só devem respeito ao regime normativo a que estão territorialmente submetidos. **Donde a acionante requer a juntada do anexo Parecer (Doc. nº 4), da lavra do eminente jurista Francisco Rezek.**

III.4. A não-aplicação do MLAT por Tribunais Brasileiros

34. São muitos os Tribunais brasileiros que afastam a aplicabilidade dos artigos referentes ao CPC e CPP quanto à carta rogatória e ao procedimento previsto no Decreto nº 3.810/2001. Tribunais brasileiros que entendem não ser o MLAT ou o procedimento da carta rogatória a via processual cabível para a obtenção do conteúdo de comunicações privadas sob controle de provedor de aplicação estabelecido fora do território nacional. Isso porque (é o que se alega) a não entrega desses dados no Brasil e de forma direta por pessoa jurídica afiliada à provedora do aplicativo situada em território estrangeiro afrontaria à soberania nacional brasileira. Nessa medida, seria uma afronta ao Poder Judiciário.

35. Data vênia, não se trata disso! O objetivo da presente ADC é reafirmar a constitucionalidade dos procedimentos de cooperação jurídica internacional e, principalmente, demonstrar como eles conciliam bem a soberania brasileira e a soberania dos Estados estrangeiros. Postura alçada à dimensão de princípio diretamente constitucional, sabido que, no rol dos princípios constitucionais regentes das relações internacionais do Brasil, se coloca o da “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”, assim como o da “solução pacífica dos conflitos” (incisos VII e IX do artigo 4º da Constituição de 1988).

36. Isto sem falar que o fornecimento de tais dados, pelos provedores de aplicação, diretamente às autoridades brasileiras pode constituir ilícito nos países em que os provedores estão legalmente localizados, conforme explanado acima e no Parecer que traz a acreditada assinatura ético-científica do professor Francisco Rezek (Doc. nº 4).

37. O que a requerente está a dizer, com todo conforto intelectual, é o seguinte: **o procedimento simplificado, previsto no MLAT, ou as cartas rogatórias em si, são o devido processo legal para a obtenção dos dados em causa. Devido processo legal, sim, que evita o conflito gerado (inconstitucionalmente) por uma parte do Poder Judiciário brasileiro.** Poder Judiciário que, em alguns casos, sujeita empresas a riscos legais em seu país de origem e penalizam entidades afiliadas no Brasil. Isso, algumas vezes, de forma a atingir até mesmo funcionários dessas entidades privadas.

38. Felizmente, é de se anotar que parcela significativa dos Tribunais Judiciários autóctones se orienta pela constitucionalidade e aplicabilidade das normas objeto da presente ADC. Razão pela qual há controvérsia judicial relevante para embasar o cabimento da presente ação, ou, subsidiariamente, da ADPF, conforme adiante melhor se justificará.

III.5. A aplicação do MLAT em relação aos dados bancários

39. A título comparativo, não se pode deixar de trazer à baila situação similar em que os dados estão sob controle de empresa estabelecida em território estrangeiro e o procedimento do MLAT é estritamente observado pelo Poder Judiciário: o caso da utilização dos mecanismos de cooperação jurídica internacional para a obtenção de dados

bancários controlados por entidades estrangeiras e que - importante enfatizar - contam com entidades afiliadas no Brasil. Dando-se que a natureza de ambos os dados é idêntica: são dados informatizados que, juridicamente, têm o seu efetivo controle por pessoas estabelecidas fora do Brasil.

40. Já com referência ao status normativo da proteção, há uma diferença relevante entre as duas espécies de dados: **o sigilo dos dados de comunicação tem assento direto e expressamente constitucional (art. 5º, XII), enquanto o sigilo bancário é protegido apenas no âmbito infraconstitucional (Lei Complementar nº 105 de 2001)**. De se notar que tal proteção encontra forte guarida em direitos fundamentais e é patente que a Constituição conferiu aos dados de comunicação privada contornos de petrealidade e segurança jurídica muito maiores, em comparação com os reservados aos dados bancários. Leia-se: “Art. 60 [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – [...]; IV - os direitos e garantias individuais”.

41. Maior, portanto, a controvérsia judicial. Para ‘dados’, há dois tratamentos distintos por parte do Poder judiciário, sem que nenhum fator de discrimen esteja presente. Pelo que, além de violar a isonomia, a dispensa (inconstitucional) do devido processo legal feita por alguns tribunais nacionais viola preceitos fundamentais, conforme será melhor abordado no capítulo referente ao pedido subsidiário de recebimento da presente ação como ADPF.

IV. O cabimento da presente ADC

42. Nunca é demasiado repetir: esta ADC tem por objeto o reconhecimento da constitucionalidade do Decreto nº 3.810/2001 e dos artigos 237, II do CPC, 780 e 783 do CPP. Assim como tem a justificada presença de relevante controvérsia judicial no próprio cenário brasileiro. Ação direta ainda cabível pelo total cumprimento dos requisitos constitucionais e legais¹⁰ que presidem a sua propositura (dela, ADC). Também importando anotar que as normas processuais aqui referidas são constitutivas de leis e de ato normativo federal, a saber:

¹⁰ Subsidiariamente, caso não se entenda dessa forma, pede-se o recebimento da presente ADC como ADPF, conforme desenvolvido em capítulo específico dessa peça.

I – o Código de Processo Civil é a Lei nº 13.105/2015. Lei Ordinária federal. Lei que não padece de inconstitucionalidade quanto ao seu artigo 237, II;

II – já o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), cujos artigos 780 e 783 são objetos da presente ação, foi materialmente recepcionado pela Constituição de 1988 com o status de Lei Federal. De qualquer forma, sua natureza jurídica de lei ordinária é inquestionável;

III – quanto ao Decreto Executivo Federal nº 3.810/2001, trata-se de ato normativo federal, com hierarquia de lei ordinária¹¹.

43. Ora, em razão de sua internalização no Direito brasileiro, o tratado internacional ostenta a hierarquia de ato normativo federal, sujeito, dessa forma, à jurisdição constitucional desse Colendo Tribunal. Pelo que assentou o Min. Celso de Mello no julgamento da Medida Cautelar na ADI 1480:

“As normas convencionais, portanto, **agora reduzidas à dimensão doméstica do ordenamento jurídico brasileiro**, expõem-se, em consequência, ao pleno controle jurisdicional de constitucionalidade.”

¹¹ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – [...]”

- É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.

O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto.

O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executividade do ato internacional, **que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.** Precedentes.

[...] PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

- **Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias**, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.”

[...] (ADI 1480 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213. Sem grifos no original)

44. Nesse mesmo entendimento, segue o Ministro Gilmar Mendes:

“O objeto da ADC segue o mesmo paradigma da ADI para o direito federal: lei ou ato normativo federal autônomo (não-regulamentar) devidamente promulgado, ainda que não esteja em vigor. Assim, caberia ADC em face de emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, decreto legislativo, tratado internacional devidamente promulgado, decreto do Executivo de perfil autônomo, resolução de órgão do Poder Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça.”¹²

45. Também de se trazer à ribalta a doutrina do Prof. Francisco Rezek, em resposta à focada quesitação que a ele propôs a associação requerente:

“IV. Qual o nível hierárquico do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos da América (MLAT Brasil-EUA), aqui promulgado pelo Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001, na ordem jurídica brasileira?

O Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e os Estados Unidos da América tem a estatura hierárquica de uma lei federal, obrigando a autoridade brasileira tal como um diploma de produção do Congresso, sancionado pelo chefe de Estado.”

46. Ultrapassado o desafio do enquadramento das normas que se põem como objeto desta ADC, é chegado o momento de se demonstrar a existência da controvérsia judicial relevante. Isto para o devido atendimento das exigências veiculadas pelo art. 14, III, da Lei 9.868/1999, que a requerente passa a transcrever:

“Art. 14. A petição inicial indicará:

[...] III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.”

47. Em face de tal normatividade foi que o Supremo Tribunal Federal, na ADC nº 8, assim decidiu:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO CONHECIDA.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1079.

- O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.” [...]

(ADC 8 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/1999, DJ 04-04-2003 PP-00038 EMENT VOL-02105-01 PP-00001.)
Grifos à parte.

48. Em termos lapidares, foi exarado o seguinte entendimento, nos termos do voto do Ministro Relator:

“[...] que o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade – que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato – supõe a necessária existência de efetiva controvérsia judicial, fundada em razões juridicamente idôneas e consistentes, em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, [...]”¹³

49. Deste mesmo julgamento, exsurtem dois critérios para a demonstração da controvérsia judicial relevante: um quantitativo e outro qualitativo. Quanto ao critério **quantitativo**, a petição inicial da ADC nº 8 arrolou onze decisões¹⁴, sendo quatro favoráveis à Lei objeto da referida ação¹⁵. Conforme será demonstrado, a controvérsia judicial quantitativa é ainda maior no presente caso. Já em relação ao critério **qualitativo**, é possível observar que “a existência de inúmeras decisões que afetam a presunção relativa de constitucionalidade”¹⁶ podem, no caso dos autos em apreço, gerar incerteza jurídica relevante para todo um setor estratégico da economia, ameaçando, inclusive, a saída de grandes empresas do Brasil, em função da insegurança jurídica a que são submetidas.

50. Além das decisões citadas no capítulo vindouro, sabe-se, pela imprensa, de numerosos feitos que tramitam em segredo de justiça. Razão pela qual é possível afirmar que a controvérsia judicial é ainda maior do que a demonstrada objetivamente na presente petição.

¹³ ADC 8 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/1999, DJ 04-04-2003, p. 26.

¹⁴ ADC 8 MC, p. 21.

¹⁵ ADC 8 MC, p. 23.

¹⁶ ADC 8 MC, p. 26.

51. Seja como for, e considerando a especificidade do requisito de cabimento da relevante controvérsia judicial, faz-se mister precisar a controvérsia ou revelar o seu mais significativo núcleo. É a matéria de que se nutre o capítulo temático entrante.

V. A Demonstração da Controvérsia Judicial Relevante

V.1. A controvérsia judicial relevante e limitação do escopo da presente ADC

52. A controvérsia judicial relevante está na discussão sobre a constitucionalidade e consequente aplicabilidade do Decreto nº 3.810/2001 e dos artigos 237, II do CPC, bem como dos artigos 780 e 783 do CPP, para a obtenção de **conteúdo de comunicações** que esteja sob controle de entidade localizada fora do território nacional.

53. Dessa forma, importante esclarecer que **não** se discute na presente ação a constitucionalidade e aplicação do referido complexo normativo nas seguintes hipóteses:

- a) obtenção de dados **públicos**¹⁷;
- b) possibilidade de imposição de restrições, pela autoridade estrangeira, ao compartilhamento dos dados entregues para outras autoridades ou em outras investigações¹⁸; e

¹⁷ O objeto da presente ADC é o devido processo legal para a obtenção de dados de comunicações **privadas**. As informações públicas podem ser obtidas diretamente pelas autoridades brasileiras, sem necessidade de busca e apreensão, conforme decisão da Primeira Turma do Eg. STF:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. CPI DO FUTEBOL. [...] PROVA DISPONÍVEL NA INTERNET. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL. DESNECESSIDADE. [...] DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. [...]

4. As provas produzidas em contexto internacional, **na hipótese em que amplamente disponíveis ao público em geral**, como no caso de publicação na rede mundial de computadores, podem ser utilizadas em âmbito interno. Tratados de cooperação internacional têm como supedâneo a desburocratização da colheita da prova, de modo que, salvo proteção de interesse específico ou disposição expressa em sentido contrário, tais acordos não merecem aplicação, por ausência de interesse público, se consubstanciarem indevido obstáculo à apuração parlamentar. [...]

(MS 33751, Relator: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 30-03-2016 PUBLIC 31-03-2016)

¹⁸ Sobre esse tema, que não é objeto da presente ação, ver como exemplo:

NONA PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA UTILIZAÇÃO DE DADOS OBTIDOS COM BASE NO ACORDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS. DECRETO Nº 3.810/2001. **POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES. DADOS FORNECIDOS PARA OS PROCURADORES FEDERAIS BRASILEIROS E PARA A POLÍCIA FEDERAL BRASILEIRA, SEM RESTRIÇÃO QUANTO AOS PROCESSOS QUE DEVERIAM INSTRUIR. IMPOSSIBILIDADE DE COMPARTILHAMENTO COM OUTROS ÓRGÃOS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO.**

- c) para a obtenção de dados cadastrais e registros de acesso (“IP logs”) de usuários de serviços de provedoras de aplicativos de internet estabelecidas fora do Brasil, mediante requisição judicial.

54. Isto porque, em face da inexistência de restrição em lei estrangeira aplicável, tais dados podem ser fornecidos diretamente para autoridades brasileiras, independente de requisição via cooperação internacional, por não constituírem “conteúdo de comunicação”, nos termos do SCA.

55. Neste último caso, trata-se dos chamados “metadados”, cuja manutenção dos registros de acesso está expressamente prevista no art. 15 do Marco Civil da Internet. Leia-se:

“Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

[...] § 3o Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.”

O sigilo das contas bancárias sediadas no exterior foi afastado pelo Poder Judiciário norte-americano, nos termos do Ofício encaminhado pelo Governo dos Estados Unidos com os dados solicitados. O Supremo Tribunal Federal do Brasil foi informado de todos os procedimentos adotados pelo Procurador-Geral da República para sua obtenção e, ao final, recebeu o resultado das diligências realizadas por determinação da Justiça estrangeira. Os documentos foram encaminhados para uso pelos órgãos do Ministério Público e da Polícia Federal, contendo somente a ressalva de não entregar, naquele momento, as provas anexadas para outras entidades. Assim, também não procede a alegação de ilicitude da análise, pelo Instituto Nacional de Criminalística, órgão da Polícia Federal, dos documentos bancários recebidos no Brasil. [...]
(Inq 2245, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2007, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00038 EMENT VOL-02298-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-02 PP-00473)

ACÇÃO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA A DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DECLARADA OMISSÃO, APENAS, NO TEXTO DA EMENTA DO JULGAMENTO. REJEIÇÃO DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE AMBIGÜIDADES, OMISSÕES, CONTRADIÇÕES E OBSCURIDADES. [...]

11. A contradição passível de embargos é a contradição interna, entre dois ou mais fundamentos do próprio acórdão embargado, e não entre os fundamentos deste e um diploma normativo ou outro elemento externo. Ademais, não houve qualquer afronta ao texto legal invocado pelos embargantes (Decreto nº 3.810/2001), que apenas autoriza, mas não impõe, o estabelecimento de **restrições ao uso de provas obtidas** por meio do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos da América, promulgado pelo referido Decreto. Na hipótese dos autos, não foi estabelecida, pela Autoridade Central do Estado Requerido, restrição ao uso das provas em inquéritos policiais. [...]

(AP 470 ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2008, DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009 EMENT VOL-02358-01 PP-00021)

56. Já no que diz respeito aos dados cadastrais, o MCI prevê a hipótese de disponibilização; o seu decreto regulamentador, a respectiva definição. Esta vazada nos seguintes termos:

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

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

Decreto nº 8.771/2016:

“Art. 11. As autoridades administrativas a que se refere o art. 10, § 3º da Lei nº 12.965, de 2014, indicarão o fundamento legal de competência expressa para o acesso e a motivação para o pedido de acesso aos dados cadastrais.

§ 1o O provedor que não coletar dados cadastrais deverá informar tal fato à autoridade solicitante, ficando desobrigado de fornecer tais dados.

§ 2o São considerados dados cadastrais:

I - a filiação;

II - o endereço; e

III - a qualificação pessoal, entendida como nome, prenome, estado civil e profissão do usuário.

§ 3o Os pedidos de que trata o caput devem especificar os indivíduos cujos dados estão sendo requeridos e as informações desejadas, sendo vedados pedidos coletivos que sejam genéricos ou inespecíficos.”

V.2. A declaração “branca” de inconstitucionalidade: Súmula Vinculante 10 e precedente da ADC 16

57. Torna-se a registrar: o inciso III do art. 14 da Lei 9.868/1999 reclama “a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”. No presente caso, a controvérsia judicial está na recusa da própria constitucionalidade aos atos normativos federais, pois, mesmo quando não os declara inconstitucionais, afasta a sua aplicabilidade por supostos fundamentos constitucionais.

58. Dessa forma, seguindo o precedente da ADC 16, o cabimento da presente ADC encontra fundamento na aplicação da Súmula Vinculante nº 10, a saber:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

59. Cuida-se da hipótese de **“declaração escamoteada de inconstitucionalidade da lei”**¹⁹, portadora de dois núcleos de significação objetiva. Em primeiro lugar, a Súmula determina que mesmo a declaração escamoteada de inconstitucionalidade de lei é juridicamente existente: ou seja, mesmo que o Juiz ou Tribunal não declare expressamente a inconstitucionalidade de um ato normativo, a sua não-aplicabilidade em função de suposta inconstitucionalidade constitui em si mesma uma declaração de inconstitucionalidade. Em segundo lugar, por consequência dessa canhestra declaração de inconstitucionalidade, há violação da cláusula de reserva do plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal²⁰.

60. No presente caso, fácil concluir que a controvérsia judicial relevante é ainda mais acentuada do que a exigida, à época, para o cabimento da ADC 8. Com a circunstância de que, apesar da atualidade do tema, o debate ainda não chegou a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. É que a via processual se estreita ou se contrai pelo fato de se tratar de investigações criminais em segredo de Justiça. Mas o certo é que a declaração “branca” ou “escamoteada” de inconstitucionalidade é perceptível já nas ementas dos acórdãos colacionados aos autos.

¹⁹ ADC 16: “O primeiro, a declaratória de constitucionalidade é irmã gêmea da ação direta de inconstitucionalidade. Devemos encarar o que se contém na legislação ordinária de forma relativa, no que exige a demonstração inequívoca de controvérsia judiciária.

O segundo aspecto está ligado à multiplicação de conflitos de interesse envolvendo a matéria. E conflitos de interesses em que, levando em conta a interpretação da Consolidação das Leis do Trabalho, na maioria das vezes – pelo menos não me lembro de ter enfrentado esse tema na Turma –, os processos, com ele, não chegam ao Supremo.

Em terceiro lugar, o que ocorreu na espécie? Uma declaração branca de inconstitucionalidade da Lei das Licitações. E já glosamos essa espécie de assentamento de conflito de certa norma com a Carta Federal sem chegar-se ao incidente de inconstitucionalidade. Temos inclusive um verbete vinculante [o de nº 10].”

²⁰ Novamente, nas palavras do Min. Marco Aurélio: “Penso que a percepção dessa premissa está na cláusula, embora não declare expressamente, ou seja, afasta, para aplicar a Constituição Federal, sem levar o incidente a órgão especial ou ao Plenário”.

V.3. A controvérsia judicial relevante: exauriente demonstração das decisões judiciais que afastam a aplicabilidade do Decreto nº 3.810/2001 ou dos artigos 237, II do CPC, e 780 e 783, do CPP

61. Insista-se no registro: a centrada alegação para o afastamento da aplicabilidade do MLAT tem sido uma suposta ofensa à soberania nacional. Por isso que o Decreto nº 3.810/2001 tem sido, embora por modo implícito ou escamoteado, declarado inconstitucional por setores do Poder Judiciário brasileiro.

62. **Necessário é reforçar que não se questiona a aplicação da lei brasileira aos atos praticados no Brasil. O que se defende é a obtenção dos meios de prova com a observância do devido processo legal previsto na própria lei brasileira.** E, uma vez que os controladores dos dados pretendidos estão fora do território nacional, faz-se imperioso o uso dos **mecanismos de cooperação internacional.**

63. Neste ponto, vale destacar trecho do Parecer do Professor **Francisco Rezek** (Doc. nº 4) que explica bem essa diferenciação:

“Fala-se aqui de empresas distintas: a empresa-mãe, sediada no exterior, responsável pelo serviço digital, tem personalidade jurídica própria, sendo responsável por seus atos; a empresa subsidiária, sediada no Brasil, responsável pela prestação de serviços acessórios e não do serviço principal detentora de personalidade jurídica própria, à luz de outra ordem jurídica nacional e sob outra bandeira. Não há como confundir uma com outra, nem como exigir desta a conduta exigível daquela.

Normal, a enfatizar tal separação, é que a subsidiária sequer tenha acesso aos dados dos usuários e os servidores que operam o serviço. Isto se explica tanto pela centralização do processamento de dados quanto pelo empenho na proteção do consumidor. É regra notória no exterior, onde há mais tempo vigem leis sobre proteção de dados pessoais e privacidade,²¹ que a confidencialidade e a segurança dos dados pessoais - incluídos aqueles em trânsito na Internet - devem ser garantidas na prestação de serviços digitais: proteção que envolve desde o cuidado na coleta dos dados, informando o usuário sobre quais deles são coletados e para que fins serão utilizados, até o processamento desses dados com a certeza de sua segurança física e lógica, por meio do controle de acesso, criptografia, regras internas de confidencialidade, entre tantos outros.”

²¹ Como exemplos, vale citar o *Electronic Communications Privacy Act* (1986) dos Estados Unidos; a Diretiva 95/46/EC sobre Proteção de Dados Pessoais (1995) da União Europeia; o *Federal Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (2000) do Canadá; e a *Ley n. 18.331 de Protección de Datos Personales y Acción de “Habeas Data”* (2008) do Uruguai.

64. Como exemplo dessa específica situação, no ano de 2013, a Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça tratou da controvérsia jurídica numa “questão de ordem” em inquérito de competência originária. Veja-se:

“QUESTÃO DE ORDEM. DECISÃO DA MINISTRA RELATORA QUE DETERMINOU A QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO (GMAIL) DE INVESTIGADOS EM INQUÉRITO EM TRÂMITE NESTE STJ. GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. DESCUMPRIMENTO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE. INVERDADE. GOOGLE INTERNATIONAL LLC E GOOGLE INC. CONTROLADORA AMERICANA. IRRELEVÂNCIA. **EMPRESA INSTITUÍDA E EM ATUAÇÃO NO PAÍS. OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO ÀS LEIS BRASILEIRAS, ONDE OPERA EM RELEVANTE E ESTRATÉGICO SEGUIMENTO DE TELECOMUNICAÇÃO.** TROCA DE MENSAGENS, VIA E-MAIL, ENTRE BRASILEIROS, EM TERRITÓRIO NACIONAL, COM SUSPEITA DE ENVOLVIMENTO EM CRIMES COMETIDOS NO BRASIL. INEQUÍVOCA JURISDIÇÃO BRASILEIRA. **DADOS QUE CONSTITUEM ELEMENTOS DE PROVA QUE NÃO PODEM SE SUJEITAR À POLÍTICA DE ESTADO OU EMPRESA ESTRANGEIROS. AFRONTA À SOBERANIA NACIONAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO.**”

(STJ, Inq 784/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Corte Especial, julgado em 17/4/2013, DJe 28/8/2013 - sem destaques no original) (Doc. nº 5)

65. A leitura da íntegra do v. acórdão proferido nesse julgamento demonstra com toda clareza a controvérsia judicial. Segundo o relatório, de lavra da Eminentíssima Min. Laurita Vaz:

“Argumentam, em essência, que os dados em questão estão **armazenados em território norte-americano** e, por isso, sujeitos à legislação daquele país, que considera ilícito a divulgação por pessoa ou entidade provedora de um serviço de comunicação eletrônica dos conteúdos de uma comunicação mantida em armazenamento eletrônico (referência à Lei norte-americana da Privacidade em Comunicações Eletrônicas - "ECPA", §§ 2701-2712). Contudo, indica a via diplomática para a obtenção dessas informações, fazendo menção ao acordo de assistência judiciária em matéria penal em vigor entre Brasil e EUA (Decreto 3.810/2001- sem destaques no original).” (Doc. nº5)

66. *Permissa venia*, o que propõe o E. STJ é a transferência dos dados pela empresa que os detém, sediada nos Estados Unidos, para outra empresa pertencente ao grupo econômico e situada no Brasil, que não tem ingerência ou controle sobre esses dados. Tudo sob um único fundamento: suposto agravo à soberania brasileira.

67. Ora, salta à inteligência que o próprio exemplo da aplicação do MLAT para a quebra de sigilo bancário expõe a fragilidade da precedente fundamentação colegiada. Isso porque os bancos estrangeiros detêm grande volume de dados sigilosos que são de interesse para investigações criminais brasileiras. Sem se negar a competência do Judiciário brasileiro para julgar os crimes de sua competência, utiliza os mecanismos de cooperação internacional para obter os dados controlados por bancos estabelecidos no exterior, ainda que o banco estrangeiro, custodiante dos dados, tenha alguma presença societária no Brasil. Confira-se:

“PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EVASÃO DE DIVISAS. DESCAMINHO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES. ACORDO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL. [...]”

3. O TRF da 4ª Região deixou explícito que as aludidas provas compartilhadas são resultado de requerimento de quebra de sigilo bancário promovido pela autoridade policial, via tratado de mútua assistência em matéria penal ("Mutual Legal Assistance Treaty - MLAT"), referente a vinte e cinco contas mantidas em bancos nos Estados Unidos, as quais "teriam recebido recursos provenientes das contas investigadas na agência do Banestado em Nova York".

[...] 10. O valor ilegalmente remetido ao exterior, US\$ 318.440,00, é suficiente para a elevação da pena-base acima do mínimo legal, pois revela a magnitude do esquema criminoso contra o sistema financeiro nacional, que exigiu, para sua deflagração, o trabalho de complexa operação perpetrada pelas instituições envolvidas.”

[...] (EDcl no REsp 1497041/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016).” (Sem os destaques no original). (Doc. nº 6)

68. Nesse diapasão, não se propõe que um banco sediado em Nova York e que tenha atuação tanto direta – como banco estrangeiro autorizado a operar no Brasil – quanto indireta – através de um banco brasileiro de sua propriedade – possa enviar ao banco brasileiro de sua propriedade os dados bancários estadunidenses cujo sigilo a Justiça brasileira intenta quebrar. Não se nega essa possibilidade no plano dos fatos, pois bastaria enviar uma senha do sistema interno a um representante do referido banco no Brasil ou até mesmo anexar os dados a um simples e-mail e enviá-lo a um representante no Brasil. Juridicamente, porém, isso não é permitido. Com os dados de comunicações privadas é a mesma coisa – lembrando que o sigilo de comunicações é revestido de proteção constitucional e o sigilo bancário é apenas infraconstitucionalmente protegido.

69. Novo juízo que à requerente se afigura de todo préstimo: as empresas brasileiras, mesmo tendo vínculos societários indiretos com provedores de aplicações situados no exterior, não tem acesso jurídico ou mesmo técnico aos dados armazenados fora do Brasil. Uma decisão judicial que impõe, por meios coercitivos severos, a empresa brasileira obter dados privados de uma empresa americana obriga, na prática, a empresa nacional a exigir que a empresa americana fique sujeita ao risco de violar a legislação do seu próprio País. E tudo isto quando há em lei brasileira vias diplomáticas idôneas para a solução do caso, de que o MLAT é a mais frisante ilustração.

70. Certo é que a decisão do próprio STJ é formalmente consistente. Articulada. Mas afasta, indevidamente (com todo o respeito), a constitucionalidade de um tratado internacional que foi validamente internalizado no Direito brasileiro. Tudo sob um fundamento incabível: o da soberania nacional, com redobrada vênia é que a acionante o diz. Leia-se, ainda uma vez:

“Remeter o Poder Judiciário Brasileiro à via diplomática para obter tais dados **é afrontar a soberania nacional**, sujeitando o Poder Estatal a inaceitável tentativa da empresa em questãõ de se sobrepor às leis pátrias²², por meio de estratégias de política empresarial, sabe-se lá com qual intenção²³.” (Doc. nº6).

71. Em outra decisão, também proferida pelo E. STJ, a questão jurídica é versada em seu aspecto mais dilatado, para incluir o procedimento de carta rogatória na discussão; porém de modo a erroneamente excluir a sua aplicabilidade. Confira-se:

“PROCESSUAL PENAL. [...] 3. ATOS PROCESSUAIS. DILIGÊNCIAS NO EXTERIOR. CARTA ROGATÓRIA. FACULTADO MEIOS MAIS CÉLERES. CONVENÇÕES E TRATADOS. 4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. PIN-TO-PIN E BBM. DADOS FORNECIDOS POR EMPRESA PRIVADA DO CANADÁ. SUBMISSÃO À CARTA ROGATÓRIA OU AO MLAT.

²² “Obviamente não há nenhuma tentativa de se sobrepor à legislação brasileira. Busca-se, apenas, conciliar as jurisdições, já que a empresa é obrigada a respeitar a legislação do país em que os dados estão localizados e, também, respeita as decisões judiciais brasileiras. A presente ação visa, justamente, estabelecer esse equilíbrio, tendo como foco a Constituição brasileira e seus preceitos fundamentais.”

²³ “Ora, é importante ressaltar que **a única intenção das empresas de tecnologia é respeitar a lei**. Como os dados estão localizados em território de estado estrangeiro, faz-se necessário aplicar a lei local. A conciliação da lei do local em que os dados estão e a lei brasileira depende dos mecanismos de cooperação internacional, que de forma alguma violam a soberania brasileira, até mesmo porque o estabelecimento de suas formalidades adveio da expressão da soberania perante um Estado estrangeiro e a soberania popular, exercida de forma indireta, na ratificação do tratado.”

DESNECESSIDADE. 5. COOPERAÇÃO DIRETA INTERNACIONAL. POSSIBILIDADE. EFETIVO CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL. 6. SERVIÇOS TELEFÔNICOS E TELEMÁTICOS ATIVOS NO PAÍS. COMUNICAÇÕES PERPETRADAS NO TERRITÓRIO NACIONAL. OPERADORAS DE TELEFONIA LOCAIS. ATUAÇÃO DA EMPRESA CANADENSE NO BRASIL. OCORRÊNCIA. LOCAL DE ARMAZENAMENTO. IRRELEVÂNCIA. [...] 8. RECURSO DESPROVIDO.

[...] 3. Embora prevista a carta rogatória como instrumento jurídico de colaboração entre países para o cumprimento de citações, inquirições e outras diligências processuais no exterior, necessárias à instrução do feito, o ordenamento facultou meios outros, mais céleres, como convenções e tratados, para lograr a efetivação do decisum da autoridade judicial brasileira (artigo 780 do Código de Processo Penal).

4. A implementação da medida constritiva judicial de interceptação dos dados vinculados aos serviços PIN-TO-PIN e BBM (BlackBerryMessage) não se submete, necessariamente, aos institutos da carta rogatória e do MLAT (Mutual Legal Assistance Treaty).

5. No franco exercício da cooperação direta internacional e em prol de uma maior celeridade ao trâmite processual, inexistente pecha no fornecimento do material constrito por empresa canadense (RIM - Research In Motion), mediante ofício expedido pelo juízo e encaminhado diretamente ao ente empresarial, para o devido cumprimento da decisão constritiva.

6. Os serviços telefônicos e telemáticos encontravam-se ativos no Brasil, no qual foram perpetradas as comunicações, por intermédio das operadoras de telefonia estabelecidas no território nacional, evidenciando-se a efetiva atuação da empresa canadense em solo brasileiro, independentemente do local de armazenamento do conteúdo das mensagens realizadas por usuários brasileiros.

[...] 8. Recurso a que se nega provimento.

(STJ, RHC 57.763/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 15/10/2015)” (Sem os destaques no original). (Doc. nº 7).

72. A posição contrária à aplicabilidade dos mecanismos de cooperação internacional ainda é demonstrada, no STJ, com os seguintes casos:

“PENAL, PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DO SIGILO TELEMÁTICO DE INVESTIGADO EM INQUÉRITO. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL PELA EMPRESA PROVIDORA DE E-MAILS, DESTINATÁRIA DA ORDEM, FUNDADO EM ALEGAÇÕES REFERENTES A DIREITO DE TERCEIRO. NÃO CABIMENTO. SUBMISSÃO ÀS LEIS BRASILEIRAS. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE. VALOR DAS ASTREINTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.”

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. A MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA. impugna decisão judicial que, em sede de inquérito, autorizou a interceptação do fluxo de dados telemáticos de determinada conta de e-mail, mediante a criação de uma "conta espelho", sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

[...] 3. A ordem questionada determinou o monitoramento do fluxo de dados telemáticos em território nacional, a fim de apurar a eventual prática de delitos no país, portanto, sujeitos à legislação brasileira a teor do disposto no art. 5º do Código Penal.

4. Na forma dos arts. 88 do Código de Processo Civil e 1.126 do Código Civil, é da empresa nacional a obrigação de cumprir determinação da autoridade judicial competente. Nesse aspecto, a CORTE ESPECIAL, na QO-Inq 784/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgada em 17/4/2013, decidiu que **"não se pode admitir que uma empresa se estabeleça no país, explore o lucrativo serviço de troca de mensagens por meio da internet - o que lhe é absolutamente lícito -, mas se esquivе de cumprir as leis locais"**.

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

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

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

(STJ, RMS: 44892 SP 2014/0020978-7, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 05/04/2016, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/04/2016) (Doc. nº8).

DECISÃO Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança impetrado pela MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA em adversidade a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, assim ementado (e-STJ fls. 223/224):

[...] Estes são os fatos ensejadores do mandamus. Com efeito, examinada a pretensão visada, tem-se que a ordem não merece acolhimento. A empresa MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA, diante da ordem judicial emanada pelo juízo da Comarca de Juína, justificou que "não possui condições técnicas para cumprir o determinado... tendo em vista ser a Microsoft Corporation, empresa independente da Impetrante, e sediada em território americano, a detentora de todos os direitos afetos às contas Hotmail..." (fl. 05-TJMT). **Em nítida afronta a soberania e jurisdição brasileira alega que "...os dados do serviço 'Hotmail' são de titularidade da MICROSOFT CORPORATION, sediada nos Estados Unidos da América, sendo lá armazenados e processados e, portanto, sujeitos às norte-americanas..."** (fl. 17-TJMT). Contra os argumentos da Impetrada o juízo de origem rebateu, com os seguintes fundamentos: "No caso dos autos, não vejo razão nos argumentos trazidos pela

Microsoft, cuja ordem só seria impossível de ser cumprida em alguns casos isolados em que a prova fosse estrangeira estivesse enraizada em solo estrangeiro. Só em tais casos excepcionais haveria incidência do adágio "ad impossibilia nemo tenetur" ou seja, "não se pode exigir o impossível" (fl. 57-TJMT). Ainda, como bem pontuou o douto magistrado, o que, a meu ver, é legítimo, é que a MICROSOFT INFORMATICA LTDA, representante da MICROSOFT CORPORATION em nosso país, encontra-se sujeita as leis Brasileiras. Merece ressalva o fato de que a quebra de sigilo foi concedida para apurar investigação de crime de tráfico de drogas e outros delitos em que os investigados, estariam fazendo uso de endereço eletrônico, este contratado no Brasil. Diante do quadro proposto, escorreita a observação supra editada pelo juízo de piso, isto porque, no presente caso dos autos, a Impetrante é pessoa jurídica de direito privado sediada no Brasil, de modo que está sob a vigência das leis brasileiras. Registra-se, nesse passo, que a investigação em andamento é contra acusados residentes nos país, e as provas que se pretende obter foram produzidas em território nacional. **Com isso, a quebra de sigilo telemático das contas do provedor HOTMAIL, concernente às mensagens transmitidas por brasileiros no território brasileiro, estão sujeitas a jurisdição brasileira. Desse modo, a ordem judicial deve ser cumprida, sob pena de sofrer sanção/penalidades de Lei Brasileira.** Anote-se que matéria em caso análogo, foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça como questão de ordem, levantada no Inquérito Policial nº 784-DF, pela Ministra Laurita Vaz, da qual transcrevo seus fundamentos que, por oportuno, colaciono, verbis: [...] Quanto à alegação da impetrante no sentido de que as informações atinentes aos serviço Hotmail, tão somente podem ser fornecidas pela MICROSOFT CORPORATIONS por meio do procedimento previsto no Acordo de Assistência Judiciária em matéria penal, a Ministra Laurita Vaz pontua, verbis: **"Remeter o Poder Judiciário Brasileiro á via diplomática para obter dados é afrontar a soberania nacional, sujeitando o Poder Estatal a inaceitável tentativa da empresa em questão de se sobrepor às leis pátrias, por meio de estratagemas de polícia empresarial, sabe-se lá com qual intenção."**[...] Merece destaque, em virtude do procedimento criminal que levou a interposição do presente mandamus, **em se tratando de matéria penal, prevalece o princípio da territorialidade, sendo aplicável a lei penal brasileira aos casos acontecidos no território nacional, como determina o art. 5º do CP.** Não bastasse, igualmente, merece respaldo - consignando que a impetrante é pessoa jurídica com sede no Brasil -, lembrar o disposto no art. 88, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que dispõe:"Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal. "Portanto, sendo a Impetrante empresa instalada no território nacional, tem o dever de prestar informações à justiça brasileira, tomando as medidas necessárias para o cumprimento da ordem judicial, não sendo justificável sustentar limites de administração interna para não cumprimento às ordens judiciais emanadas sob o crivo da Lei Brasileira. Da inaplicabilidade da multa. Quanto a pretensão de inaplicabilidade da multa diária imposta, ao argumento de que "...a Impetrante não é parte no processo e esta sanção não pode ser aplicada no âmbito processual", adoto, igualmente, o entendimento perfilhado pela Ministra Laurita Vaz, no referido julgamento alhures mencionado, dando legitimidade a decisão atacada na impetração, que fixou multa pelo descumprimento da ordem judicial, verbis: [...]

Dos autos, verifica-se a decisão de fls. 56/60-TJMT, na qual o magistrado, diante do não cumprimento da quebra de sigilo, determinou o cumprimento da ordem anterior, sob pena de multa de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), sem prejuízo de nova majoração em caso de ineficácia, decisão esta exarada em 15/07/2013. Em virtude do não cumprimento da medida judicial determinada anteriormente, a multa foi majorada para R\$100.000,00 (cem mil reais), em 14/09/2013, conforme decisão de fls. 63/64-TJMT. Diante disso, embora a impetrante tenha cumprido a ordem judicial apenas em 07/10/2013 (fl. 205-TJMT), a multa determinada pelo magistrado de origem encontra-se fundamentada nos termos do artigo 461, § 5.º, 461-A, do CPC, em consonância com o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça. Diante do exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, DENEGO A ORDEM. [...] Assim, não verificada qualquer ilegalidade ou abuso de poder no ato contestado, correta a denegação do mandado de segurança. Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 26 de março de 2015. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE) Relator

(STJ - RMS: 46685 MT 2014/0254825-8, Relator: Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), Data de Publicação: DJ 06/04/2015)". (Sem os destaques no original). (Doc. nº9).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. CUMPRIMENTO TARDIO DE ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA À EMPRESA RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE DADOS (MICROSOFT – PROVEDOR HOTMAIL), FUNDADA NO ART. 461 DO CPC/1973. POSSIBILIDADE. 1. Situação em que a MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA. impugna decisão judicial que, em sede de inquérito, autorizou a interceptação do fluxo de dados telemáticos de e-mails do provedor hotmail de investigados residentes no país, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), questionando a legalidade da sua fundamentação com base no art. 461 do CPC/1.973. 2. A mera alegação de que o braço da empresa situado no Brasil se dedica apenas à prestação de serviços relacionados à locação de espaços publicitários, veiculação de publicidade e suporte de vendas não exime a organização de prestar as informações solicitadas, tanto mais quando se sabe que não raras vezes multinacionais dedicadas à exploração de serviços prestados via internet se valem da escolha do local de sua sede e/ou da central de suas operações com o objetivo específico de burlar carga tributária e ordens judiciais tendentes a regular o conteúdo das matérias por elas veiculadas ou o sigilo de informações de seus usuários. 3. Por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, motivo pelo qual se afigura desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo. 4. As Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte têm entendido que “a imposição de astreintes à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil”, cujas normas são aplicáveis subsidiariamente no Processo Penal, por força do disposto no art. 3º do CPP. Nesse sentido, “a solução do impasse gerado pela renitência da empresa controladora passa pela imposição de medida coercitiva pecuniária pelo atraso no cumprimento da ordem judicial, a teor dos arts. 461, §

5.º, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal” (RMS 44.892/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016). 5. A legalidade da imposição de astreintes a terceiros descumpridores de decisão judicial encontra amparo também na teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências. Nessa toada, se incumbe ao magistrado autorizar a quebra de sigilo de dados telemáticos, pode ele se valer dos meios necessários e adequados para fazer cumprir sua decisão, tanto mais quando a medida coercitiva imposta (astreintes) está prevista em lei. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, RMS: 46.685 MT 2014/0254825-8, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data da Publicação: DJ 11/10/2017 – Doc. nº 10).

73. Longe de encerrada, a discussão retornou recentemente ao E. STJ, com o recurso ordinário (RMS nº 55019/DF) interposto pela Yahoo do Brasil Internet Ltda. contra acórdão recente em que o ilustrado Tribunal Regional Federal da 1ª Região também afasta a aplicabilidade do MLAT. Transcreva-se o acórdão, pela sua ementa:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO EM FACE DE DECISÃO QUE CONFERIU MULTA NO CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM DE QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. LIMITE DA IMPETRAÇÃO. MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI Nº 12.965/2014). OBRIGAÇÃO DA EMPRESA PROVEDORA DE INTERNET, SUBMETIDA À JURISDIÇÃO NACIONAL, DE FORNECER OS DADOS REQUERIDOS PELA AUTORIDADE JUDICIAL. SANÇÃO PECUNIÁRIA. AFASTAMENTO DA NATUREZA AUTO-EXECUTÓRIA.

I – Não merece conhecimento os pontos da impetração que impugnam a decisão que determinou a quebra do sigilo telemático, porquanto a ação mandamental foi ajuizada contra o “decisum” que **conferiu multa para o caso de não cumprimento da ordem judicial de quebra de sigilo telemático**, razão pela qual, a impetrante, Yahoo! do Brasil, não ostenta legitimidade para discutir os procedimentos levados a efeitos na investigação criminal da qual não faz parte, tampouco para promover o controle de legalidade das decisões judiciais.

II - Com a edição da Lei nº 12.965/2014 — conhecida como marco civil da internet — foi estabelecido princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, como também, proteção aos registros, dados pessoais e comunicações privadas, que somente podem ser acessados pelo usuário (arts. 7º e 8º) ou mediante ordem judicial (art. 10, §§ 1º e 2º), dirigida aos provedores de conexão e de aplicação de internet que administram a conta do usuário no Brasil (art. 11, §§ 1º, 2º e 3º).

III – De acordo com a Lei nº 12.965/2014 e com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a empresa provedora da conta de *e-mail* na internet, constituída de conformidade com a lei brasileira (art. 1.126, CC), **que tenha sede no Brasil ou, no caso de empresa situada no estrangeiro, filial,**

sucursal, escritório ou estabelecimento, está submetida à autoridade judiciária brasileira (art. 21, I, do NCPC), **e tem obrigação de promover os mecanismos necessários à quebra de sigilo telemático determinada por decisão judicial legalmente proferida**, sob pena de incidir, isolada ou cumulativamente, nas sanções de advertência, multa sobre o faturamento do grupo econômico, suspensão temporária das atividades e, além mesmo, proibição de exercício das atividades dos provedores de conexão e de aplicações de internet no Brasil, conforme previsão do art. 12 do Marco Civil da Internet. Neste sentido, entre outros, STJ: INQ 784/DF e RMS 44.892/SP.

[...] VI – Mandado de segurança parcialmente conhecido. Da parte conhecida concede-se parcialmente a ordem, somente para afastar os efeitos da execução imediata da decisão constritiva.”

(TRF1, MS 0002854-06.2017.4.01.0000/DF, Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Segunda Seção, Julgado em 07.06.2017, DJe 19.06.2017) (Sem os destaques no original). (Doc. nº 11).

74. A toada não muda. O E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região também proferiu decisão de afastamento da aplicação dos enunciados normativos objeto dessa ADC. Isso para forçar o acesso aos dados de comunicação privada, *verbis*:

“PROCESSO PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. II - QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. ORDEM JUDICIAL ENDEREÇADA À GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. DESCUMPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO NÃO CONSTATADA. JURISDIÇÃO BRASILEIRA. CONTROLADORA NOS EUA. SUBMISSÃO DA CONTROLADA ÀS LEIS BRASILEIRAS. III - SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. LIMINAR REVOGADA.

[...] IV - Não acolhidas as alegações acerca da impossibilidade material de atender ao comando judicial, porquanto existiriam lugares onde sequer há subsidiárias da GOOGLE INC. norte-americana e aos quais ela também leva e-mails, operando remotamente pela própria da internet, de modo que os dados armazenados remanesceriam apenas nos Estados Unidos.

V - Não estamos diante de fatos investigados que, a princípio, se convertam em infrações transnacionais. Afastadas as alegações de aplicação, no caso, das leis americanas sobre privacidade e sigilo (Lei do Grampo - Wiretap Act - e Lei da Privacidade das Comunicações Eletrônicas - Electronic Communications Privacy Act - ECPA).

VI - A GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA., destinatária da ordem judicial brasileira, embora controlada pela empresa norte-americana GOOGLE INC., foi constituída no Brasil, de acordo com as leis brasileiras. Submete-se, nas circunstâncias, à Lei n. 9.296/96; ao Código Penal Brasileiro; ao Código de Processo Penal Brasileiro, bem como às disposições do Código Civil Nacional, por força de sua própria constituição como pessoa jurídica sujeita às nossas leis.

VII - Não impressiona o fato de o objeto social da GOOGLE BRASIL não incluir especificamente o envio de conteúdos por meio dos serviços comerciais prestados pela GOOGLE INC. conhecidos como e-mails, porquanto a função e os objetos em virtude dos quais são criadas as "sociedades controladas", levam

em conta a associação de empresas para dividirem esforços empresariais para a realização de atividades comuns.

VIII - Não é relevante o fato de a GOOGLE INC. até mesmo operar os serviços de e-mails de forma remota, e nem mesmo o fato de não possuir controladas em alguns países do mundo. O que importa é que aqui no Brasil possui uma empresa da qual é sócia, e como componente do grupo de fato de sociedades mercantis, é por meio de sua empresa controlada que o grupo se apresenta às autoridades nacionais como destinatária de regras de comando no que concerne ao fornecimento de dados, ainda que sigilosos, mas que visam a instruir investigação em curso no país, sobre fato aqui cometido, por pessoa aqui estabelecida, e sem nítido contorno de crime internacional.

IX - Para as autoridades brasileiras que hoje estão na contra-face de uma relação de direito público com a GOOGLE BRASIL, o que impera é a boa-fé que deve orientar a relação com a pessoa jurídica que se predispõe a vir incrementar seus negócios empresariais aqui no Brasil, por meio de novos serviços da controlada que somam à finalidade comercial de suas controladoras, a ponto de se conceber que também para fins de sua responsabilidade constitucional para com a persecução da polícia judiciária federal, ela se apresenta também como representante do grupo empresarial de fato, integrado pela GOOGLE BRASIL LTDA., GOOGLE INC. e GOOGLE INTERNATIONAL LLC, devendo por isso se submeter às requisições das autoridades da persecução penal, diretamente, independentemente do MLAT.

[...] XI - Não procede o argumento de que as medidas determinadas violam a necessidade, em razão de haver a via do MLAT como procedimento menos gravoso. As medidas previstas nos tratados de cooperação internacional estão no mesmo patamar das medidas de obtenção de provas contidas na legislação nacional, sendo certo que não é suficiente o argumento de que os dados são armazenados no exterior, para que supere a aplicação da lei local, nesse caso em que a infração investigada ocorreu aqui no Brasil, mediante ação de pessoas nacionais aqui residentes.

[...] XIV - A questão versa sobre dados telemáticos submetidos ao sigilo e já existe ordem judicial autorizando a quebra desse sigilo. Afastada a alegação de falta de exequibilidade da ordem, posto que não importa, para o cumprimento dela, que estejam armazenados no exterior (nos EUA ou em outro país) e não no Brasil.

XV - A alegada impossibilidade material e jurídica para o cumprimento da ordem judicial pode e deve ser superada no âmbito das relações internas das empresas do grupo de fato, controladoras e controlada. Ausência de afronta aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da territorialidade e da separação de poderes, nem ao MLAT, ao art. 97 da CR/88 e à Súmula Vinculante n. 10.

[...] XVII - Segurança parcialmente concedida. Liminar revogada.

(TRF2, MS 11114 2013.02.01.010585-4, CNJ 0010585-65.2013.4.02.0000, Relator: Desembargador Federal Abel Gomes, 1ª Turma Especializada, julgado em 18/12/2013, DJe 27/02/2014) (Doc. nº 12).

75. Se o alvo de pesquisa for o respeitável Tribunal Regional da 4ª Região, o que se tem é a divergência interna quanto ao mesmo tema; quer dizer, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 013618-43.2012.404.0000, o eminente Desembargador Federal relator saiu vencido em seu voto, havendo o colegiado decidido pelo afastamento do Decreto nº 3.810/2001. Nova transcrição:

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

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

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

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

(TRF4, AG 0013618-43.2012.404.0000, OITAVA TURMA, Relator para Acórdão VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, D.E. 17/07/2013)”. (Sem os destaques no original). (Doc. nº 13).

76. Por fim, vale trazer à ribalta o voto da ilustre relatora do MS nº 0014221-86.2013.8.17.0000, julgado pelo E. TJPE; voto no mesmo sentido, porquanto pelo afastamento do Decreto nº 3.810. Leia-se:

“Vale ressaltar que a FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA foi constituída em conformidade com as leis brasileiras e, evidentemente, deve se submeter à legislação pátria, não podendo se esquivar do cumprimento de

requisição judicial. Na verdade, não se poderia admitir que uma empresa se estabelecesse no país, explorasse tão lucrativo serviço - o que, aliás, é lícito e natural numa economia de mercado - se esquivando de cumprir as leis locais.

Assim, o funcionamento de uma empresa transnacional deve sujeitar-se à soberania nacional do Brasil e, assim, pautar sua instituição e funcionamento nas normas legais que regem a ordem econômica, as relações de consumo, a ordem tributária e demais normais locais. **Remeter o Poder Judiciário Brasileiro à via diplomática para obter tais dados é afrontar a soberania nacional.**" (Sem os destaques no original). (Doc. nº 14).

77. Agora a requerente passa a dar conta da jurisprudência brasileira em sentido inverso; qual seja, a afirmação da constitucionalidade do MLAT e da carta rogatória como instrumentos de resolução do mesmo tema. Para o que a requerente abre o capítulo que vem em imediata sequência.

V.4. A controvérsia judicial relevante: decisões que proclamam a constitucionalidade do Decreto nº 3.810/2001, ou dos artigos 237, II do CPC, 780 e 783 do CPP

78. Numa vertente decisória diametralmente oposta, traz-se à baila, de saída, o voto vencedor no MS nº 0014221-86.2013.8.17.0000²⁴, em que a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por 2 votos a 1, deu pela aplicação do MLAT, nos seguintes termos:

“PENAL, PROCESSUAL PENAL, PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DETERMINAÇÃO DE QUEBRA DE SIGILO DE DADOS CADASTRAIS E DE TODO FLUXO DE COMUNICAÇÕES, BEM COMO A INTERCEPTAÇÃO DE DADOS TELEMÁTICOS, DE DIVERSOS PERFIS CADASTRADOS EM REDE SOCIAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA E EVENTUAL CONFIGURAÇÃO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA, COM PRISÃO DO REPRESENTANTES LEGAIS DA EMPRESA IMPETRANTE, EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. ATO DA AUTORIDADE APONTADA COATORA QUE FERE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE, POR SE TRATAR DE PROVIDORA DE ACESSO À INTERNET, MERO CONDUTORA DO TRÁFEGO DE INFORMAÇÕES. AUDIÊNCIA, TAMBÉM, DE VIABILIDADE JURÍDICA. PESSOA JURÍDICA DISTINTA. DECRETO Nº 3810/2001. POSSIBILIDADE DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O GOVERNO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, INCLUSIVE PARA FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS, REGISTROS E

²⁴ Ementa obtida na edição nº 157/2014, de 29.08.2014 do DJe e nos autos do AREsp nº 679.143/PE.

BENS. – POR MAIORIA DE VOTOS, CONCEDEU-SE A SEGURANÇA REQUERIDA.

1. A impetrante [Facebook Serviços On Line do Brasil Ltda.] se enquadra como provedora de serviços e provedora de acesso, como mera condutora para o tráfico de informações, **havendo prova nos autos de que não possui contrato de utilização do site Facebook e não tem autorização e condições técnica para acessar as contas dos respectivos usuários.**

2. Com relação à possibilidade de cumprimento da ordem judicial que lhe foi imposta, além da inviabilidade técnica, depara-se a impetrante com a impossibilidade jurídica, eia que se trata de pessoa jurídica distinta das empresas estrangeiras Facebook Inc. e Facebook Irlanda, nas quais se encontram o conteúdo das informações pretendidas pela Polícia Federal e que constitui o objeto da determinação da autoridade impetrada.

3. Em 14 de outubro de 1997, celebrou-se em Brasília o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, corrigido em sua versão em português por Troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001, que se consubstanciou no Decreto nº 3810/2001, no qual restou consignada obrigação de as partes prestarem assistência mútua, em matéria de investigação, inquérito, ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza penal, inclusive para fornecimentos de documentos, registros e bens.

4. Cuida-se, aqui, de uma determinação judicial, na esfera do processo penal com desdobramentos em obrigação de fazer, no âmbito processual civil, subsidiariamente, não se podendo excluir as normas nem os princípios constitucionais, além dos acordos internacionais celebrados entre o Brasil e os Estados Unidos, tais como o acima mencionado.

5. Concessão da segurança, para o fim de cassar a decisão proferida pela autoridade impetrada, isentando a impetrante do pagamento da multa arbitrada, bem como para eximir seus dirigentes da possibilidade da prisão prevista no ato atacado.

(TJPE, MS nº 0014221-86.2013.8.17.0000 (Relator para o acórdão: Desembargador Gustavo Augusto Lima, Terceira Câmara Criminal, Julgado 19.08.2014, DJe nº 157 de 29.08.2014, sem grifos no original). (Doc. nº 15).

79. Ainda nesse julgado, o ilustre Desembargador Relator deu conta dos seguintes e relevantes aspectos de Direito:

“De início, cumpre salientar que a importância social e econômica da Internet exige a criação de normas de Direito, bem como que sejam realizados esforços hermenêuticos e cognitivos para adaptar os institutos e normas já existentes aos atos e negócios jurídicos e aos atos antijurídicos, praticados no ambiente cibernético”

“Daí porque não podemos, sobretudo no presente caso, restringir-nos à aplicação pura e simples da norma processual penal e/ou processual civil. A hipótese exige uma interpretação sistêmica, desde as normas constitucionais e processuais até tratados e acordos internacionais dos quais o Brasil seja signatário.” (Doc. nº 15).

80. Imprescindível enfatizar que tais efeitos econômicos são da maior gravidade, pelo grande risco de empresas estrangeiras retirarem qualquer participação societária ou de capitais em unidades empresariais brasileiras. Tal o quadro de insegurança jurídica em que passaram a se movimentar.

81. A requerente avança na pertinente indicação. O Tribunal de Justiça do Paraná acolheu manifestação do Ministério Público para revogar decisão sobre o pagamento de multa diária de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), imposta, anteriormente, em função de suposto descumprimento de ordem judicial. Ocasão em que o MPPR, após manifestação da empresa de tecnologia nos autos, buscou informação junto ao Ministério da Justiça sobre o devido processo legal para a obtenção de conteúdo de comunicação privada (“dados”), controlado por provedora localizada no exterior; passando a entender, corretamente, que não cabe à empresa brasileira responder por obrigações da empresa estrangeira, ressaltando que essa obrigação exige o atendimento das formalidades do MLAT. Nessa vertente, decidiu, em 9.4.2015, a ilustre Magistrada responsável pelo caso:

“Assim nos termos da manifestação ministerial de evento 45, bem como que existe procedimento diverso a ser adotado em relação a interceptação da fluxo de comunicação em sistema de Informática, o qual deixou de ser respeitado, e que a empresa Facebook [Brasil] apresentou parcialmente solicitadas [registros de conexão], deixando de apresentar o conteúdo dos acessos por não ser detentora de tais documentos os quais somente poderia, se disponibilizados pela empresa Facebook, Inc. nos Estados Unidos, REVOGO a decisão que determinou o pagamento de multa diária no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais).”

(Vara Criminal de Palmital/PR, Processo nº 0001994-70.2014.8.16.0125, julgado em 9.4.2015). (Doc. nº 16).

82. Situação semelhante ocorreu em Antonina, também no Paraná. Nos autos nº 0001960-50.2014.8.16.0043, **o Ministério Público informou que obteve acesso aos dados pretendidos na ação, via MLAT.** Por essa razão, a Ilustre Juíza de Direito Emanuela Costa Almeida Bueno determinou, em 02.05.2016, o arquivamento dos autos. Com o que ficou reafirmada a constitucionalidade/aplicabilidade do MLAT. Mais até, ficou devidamente demonstrado que, pela via do MLAT, a tutela jurisdicional se fez efetiva nos marcos do seu devido processo legal.

83. A mesma determinação de quebra do sigilo de dados, no processo acima referido, foi também objeto do Mandado de Segurança nº 1.396.365-4. Mandado de Segurança em

que o E. TJPR demonstrou profundo conhecimento sobre o tema, consoante se infere dessa precisa passagem:

“MANDADO DE SEGURANÇA CRIME. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. SUSPENSO O BLOQUEIO DE NUMERÁRIO²⁵ POR MULTA DIÁRIA – ART.461, §§, CPC. DA “FACEBOOK” SERVIÇOS “ONLINE” DO BRASIL LTDA. EMPRESA QUE NÃO ARMAZENA CONTEÚDO DE COMUNICAÇÃO DOS USUÁRIOS DA “FACEBOOK” INC. EMPRESA ESTABELECIDA NOS EUA. INOCORRÊNCIA DE DESATENDIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL - DISPONIBILIZADOS OS DADOS CADASTRAIS DOS PROPRIETÁRIOS DAS CONTAS, “LOGINS” DE ACESSO E IPS DE CRIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO AO EMAIL CIBERCRIMES@PC.PR.GOV.BR PELA “FACEBOOK” INC. ACESSO A CONTEÚDO DAS CONTAS SOB A GUARDA DESTA EMPRESA, NECESSIDADE DE ATENDIMENTO À LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET) A QUAL REMETE A APLICAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS NA MATÉRIA (ART.3º, PAR.ÚNICO) - DECRETO Nº 3810/2001. CONFIGURADA ILEGALIDADE DO ATO COATOR. CONFIRMADA A LIMINAR. SEGURANÇA CONCEDIDA.”

(TJPR, MSC nº 1.396.365-4. Relator: Desembargador Arquelau Araujo Ribas, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 19.11.2015). (Sem os destaques no original). (Doc. nº 17).

84. No caso, além de ressaltar que o MPPR obteve, pelo MLAT, os dados necessários para a investigação, disse o acórdão:

“6.5. No caso concreto, **impõe reconhecer o atendimento às leis brasileiras.** Em primeiro lugar, porque a Impetrante esclarece e comprova por contrato social que não detém servidores que processam ou armazenam conteúdo de comunicações de usuários do “Site Facebook”. A autora comprovou ter como objeto social a prestação de serviços relacionados a: (i) locação de espaços publicitários, veiculação de publicidade, suporte de vendas, desenvolvimento comercial, relações públicas, bem como qualquer outro serviço comercial, administrativo e/ou tecnologia da informação; e (ii) transações comerciais envolvendo bens móveis ou imóveis, no Brasil ou no exterior, e que possam estar, direta ou indiretamente, relacionadas com as atividades descritas no item anterior ou que possam facilitar a realização delas. Em segundo lugar, **indica ser a empresa Facebook Inc. do mesmo grupo da Impetrante, situada nos Estados Unidos da América, a única responsável pela prestação desses serviços aos usuários residentes no Brasil.** Em terceiro e último lugar, comprova que aquela repassou os dados cadastrais e os registros das contas da rede social ao endereço eletrônico da Polícia Civil do Estado do Paraná, a saber, cibercrimes@pc.pr.gov.br.

²⁵ O Juiz de Direito da Comarca de Antonina havia deferido o bloqueio de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

[...] 6.7. Dessa forma, observa-se o cumprimento da legislação brasileira, especificamente, ao art.10, e §§ da Lei 12.965/2014 pelo qual o provedor responsável pela guarda desses registros é que deverá atender a ordem judicial para disponibilizar os registros de conexão e acesso a aplicações de internet. Desta feita, o Impetrante atendeu a determinação judicial no que lhe era possível, e no que não lhe cabia, encaminhou a Facebook Inc, a qual prontamente informou os dados cadastrais, os registros das contas e os logs de IP das pessoas investigadas ao endereço eletrônico da Polícia Civil do Estado do Paraná ciber Crimes@pc.pr.gov.br.

[...] 8.3. No caso concreto, a considerar que o conteúdo das comunicações e a interceptação telemática das contas a serem investigadas estão sob a guarda do site Facebook Inc., empresa sob a jurisdição dos Estados Unidos da América há de se atender o Decreto nº 3.810/2001 o qual 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.” (Sem os destaques no original). (Doc. nº 17).

85. Idêntico entendimento perfilhou o Eg. TRF5, bem demonstrando a controvérsia judicial instaurada e a insegurança jurídica que as empresas do setor enfrentam. Eis o texto que interessa transcrever:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. QUEBRA DE SIGILO DE COMUNICAÇÕES TELEMÁTICAS. OBTENÇÃO DE DADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDO DE COOPERAÇÃO EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS (DECRETO Nº 3.819/2001). POSTERIOR AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE JUNTADA AOS AUTOS DE AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

- Inexiste norma em nosso sistema jurídico que, em tema de cooperação jurídica internacional, exija prévia autorização do Poder Judiciário para que se requeira a realização de diligências no território norte-americano.

- Diante da necessidade de obtenção de dados telemáticos em território estrangeiro, o Ministério Público buscou o procedimento indicado no Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (MLAT), promulgado pelo Decreto nº 3.810/2001.

- Referido decreto estabelece o Ministério da Justiça como protagonista brasileiro do procedimento em questão, ao passo que compete às autoridades dos Estados Unidos da América adotar as providências cabíveis, segundo o ordenamento jurídico daquele país.

- Conforme já decidiu o col. STJ, "a cooperação jurídica internacional, na modalidade de auxílio direto, tem o caráter de solicitação, e o atendimento, ou não, desta depende da legislação do Estado requerido. Na espécie, a solicitação do Ministério Público do Estado de São Paulo foi dirigida à autoridade dos Estados Unidos da América do Norte. Nada importa, para esse efeito, o que a legislação brasileira dispõe a respeito. As investigações solicitadas serão realizadas, ou não, nos termos da legislação daquele país." (AgSS 2.382/SP, rel. Min. Ari Pargendler, DJe 28.10.2010).

- Nesse o cenário, somente após o recebimento dos dados colacionados em território alienígena é que tem lugar o requerimento de sua juntada aos autos do processo, quando, então, o Judiciário exerce o seu crivo, de acordo com as normas do ordenamento jurídico brasileiro.

- Não há a mais fugaz indicação de que a iniciativa do Ministério Público resultou em prejuízo para o exercício do direito de defesa do paciente, até porque, quando da declinação de competência à Justiça Federal, foi apresentada uma nova denúncia pelo Parquet federal, afastando, por conseguinte, qualquer surpresa em desfavor do acusado.

- Ordem denegada.”

(TRF5, PROCESSO: 00017365220154050000, HC5934/RN, DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS, Primeira Turma, JULGAMENTO: 17/12/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 11/01/2016 - Página 21). (Sem os destaques no original). (Doc. nº 18).

86. Mais recentemente, o Eg. TJDFT também se debruçou sobre a questão. Foi em maio de 2017, oportunidade em que os insígnis Desembargadores da Câmara Criminal decidiram, por maioria, após alentados debates:

“PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO JUDICIAL. REMESSA DE DADOS CONSTANTES NO FACEBOOK, SOB PENA DE MULTA. FORNECIMENTO PARCIAL. ALEGADA INDISPONIBILIDADE DE INFORMAÇÕES. DETERMINAÇÃO PARA CUMPRIMENTO INTEGRAL DO DECISUM E APLICAÇÃO DE NOVA MULTA COMINATÓRIA. INVESTIGAÇÃO PENAL DESTINADA A APURAR HOMICÍDIO. MENOR ONEROSIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. **POSSIBILIDADE DE BUSCA E APREENSÃO NO BRASIL E NOS EUA. INOBSERVÂNCIA DO DECRETO 3.810, DE 02 DE MAIO DE 2001. IMPOSSIBILIDADE DE ENTREGAR A PROVA PERSEGUIDA - FATO NEGATIVO. PLAUSIBILIDADE DA ASSERTIVA. DECISÃO ANULADA. SEGURANÇA CONCEDIDA.**

Os atos processuais não de ser praticados pela forma menos onerosa possível.

Se o Facebook sustenta que não pode fornecer os dados pretendidos porque deles não dispõe, autorizado estava o magistrado a adentrar na empresa através de técnicos nomeados e fazer a busca e apreensão de tudo que ali se encontrava do interesse da investigação penal em curso, sem prejuízo de ação penal contra os diretores.

Na espécie, a investigação penal destinada a apurar homicídio está caminhando para campo estéril, onde a empresa ora impetrante poderá arcar com pesada multa e seus diretores ainda responderem ação penal por desobediência, mas a prova colimada não chega aos autos.

Há um acordo de assistência judiciária em matéria penal entre a República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, onde, sem maior delonga, poder-se-ia executar a busca e apreensão do material apreendido e depositado naquela nação coirmã. E, quanto ao que estivesse depositado no Brasil, aí sim, se houvesse resistência por parte da impetrante, dar-se-ia a busca e apreensão através de técnicos brasileiros.

O fato negativo consistente na afirmação de que a empresa não poder entregar a prova perseguida pela autoridade coatora, pode ser convertido em fato positivo, demonstrando o Ministério Público que não há o obstáculo apontado. Mas até que se faça essa prova tem-se como plausível a assertiva da impetrante de que não entrega a prova perseguida porque não pode e que existe um procedimento próprio estabelecido pelos Governos do Brasil e dos Estados Unidos da América para a devida cooperação.

Não se pode exigir que alguém pratique ato que não está ao alcance das suas forças, muito menos sob ameaça de desembolso econômico e ação penal.

Segurança concedida para anular a decisão impugnada.”

(Acórdão n.1020417, 20160020295498MSG, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 15/05/2017, Publicado no DJE: 31/05/2017. Pág.: 102/103). (Sem os destaques no original). (Doc. nº 19).

87. Ao longo das 80 páginas de acórdão, alguns trechos merecem reprodução, como estes que a requerente passa a transcrever:

“A inobservância do Decreto 3.810 de 2 de maio de 2001 não é o caminho mais aplainado, nem a via mais curta para obtenção da prova pretendida pelo doutor Juiz apontado como autoridade coatora. Poderá, sim, ser caminho mais rápido para a cobrança da multa imposta e, repita-se, até a imposição de sentença condenatória aos diretores da impetrante. Mas não é isto que o Poder Judiciário brasileiro pretende. O que se busca é um conjunto de provas que leve à autoria do homicídio em investigação.

E a empresa impetrante já afirmou que não entrega essa prova porque não pode. A meu ver, estamos diante de um fato negativo, onde a empresa afirma não poder entregar a prova perseguida pela autoridade coatora. Esse fato negativo pode ser convertido em fato positivo, demonstrando o Ministério Público que não há o obstáculo apontado e, nesta hipótese, os diretores do Facebook do Brasil estariam faltando com a verdade, prejudicando investigação penal, e desobedecendo ordem judicial. Mas até que se faça essa prova tem-se como plausível a assertiva da impetrante de que não entrega a prova perseguida porque não pode e que existe um procedimento próprio estabelecido pelos Governos do Brasil e dos Estados Unidos da América para a devida cooperação.

Noutro rumo, é de entender-se que não se pode exigir que alguém pratique ato que não está ao alcance das suas forças, muito menos sob ameaça de desembolso econômico e ação penal.

Neste conjunto de idéias, concedo a ordem impetrada para anular a decisão impugnada, devendo o Doutor Juiz seguir os trâmites regulares, procedendo busca e apreensão do que entender depositado em poder da impetrante, através dos seus agentes e daquelas outras informações depositadas nos EUA, pela via própria estabelecida no Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da Republica Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América” (Doc. nº 19).

88. Esse específico voto foi acompanhado pelo douto Desembargador Jair Soares, que projetou sobre o tema este luminoso raciocínio:

“Quando a empresa informou que não poderia prestar as informações, aplicou-se uma multa. E, depois, elevou-se a multa, chegando-se a valores astronômicos - 26 milhões, que só serve para enriquecer talvez o Estado brasileiro, pois, mesmo com a multa, a impetrante não irá cumprir a decisão. Não pode e nem tem como.

As informações pretendidas estão armazenadas em servidor que está nos Estados Unidos. Não pode a justiça brasileira, pura e simplesmente, obrigar que a impetrante tenha acesso as informações sem seguir os protocolos internacionais que existem a respeito. Do contrário, haveria ofensa ao princípio da soberania de cada País.

Imagine-se o contrário. Se houvesse investigação nos Estados Unidos e se precisasse de dados bancários que estão no Banco do Brasil no Brasil. Se intimada agência do Banco do Brasil, em Nova Iorque, para prestar as informações, o gerente não poderia prestar as informações. Ele, ao certo, iria responder que, para acessar dados bancários que estão no Brasil, só por decisão da justiça brasileira, observado o procedimento próprio.

[...] **O Facebook não pode avançar sobre informações que estão depositadas nos Estados Unidos e trazê-las para o Brasil sem seguir princípios de cooperação internacional, de soberania, a que todos os países civilizados estão sujeitos.** Seria voltar ao tempo em que o criminoso foge para outro território e a polícia, sem respeitar a fronteira, entra no outro território e o prende. Mantidas as devidas proporções, é o que se está tentando fazer.

[...] **Um dos fundamentos do meu voto era que não pode a jurisdição brasileira alcançar dados que não estão no território nacional, em homenagem, sobretudo, ao princípio da soberania, e, sobretudo, porque os limites da jurisdição brasileira é o território nacional. Não alcança território estrangeiro, como a jurisdição de outros países não pode alcançar o território nacional.**

[...] Ocorre que a situação guarda particularidades. **Assemelha-se a que acontece com o sigilo bancário.** Imagine-se, a propósito, a situação dos bancos estrangeiros que têm agências no Brasil. Os atos praticados no Brasil, por óbvio, estão sujeitos a jurisdição nacional. Mas, se numa agência de um desses bancos é feito um depósito, cujo valor é transferido para agência de outro país (exemplo, Suíça), só por meio da chamada cooperação internacional é possível que a justiça brasileira tenha informações sobre os valores que estão depositados no exterior.

A justiça brasileira não pode simplesmente mandar quebrar sigilo bancário ou, então, alcançar dados que estão armazenados em agência bancária situada em outros países.

As empresas sediadas no Brasil sujeitam-se a jurisdição nacional no tocante a atos aqui praticados. **Mas dados dessas empresas que não estão disponíveis em território nacional só podem ser obtidos por meio da chamada cooperação internacional. A justiça brasileira não pode simplesmente determinar que a empresa apanhe esses dados em outro país e os**

entregue ao juiz, como aconteceu no caso. Do contrário, há ofensa ao princípio da soberania.” (Doc. nº 19).

89. Desse voto do ilustrado Des. Jair Soares observa-se, então, que a controvérsia judicial se instaura num âmbito maior. De um lado, a forma como parte do Judiciário trata a impossibilidade de entrega direta às autoridades brasileira de dados de comunicação privada armazenados no exterior. De outro lado, está a garantia de um devido processo legal amplo o suficiente para alcançar dados bancários. Ambas a se dotar da mesma natureza. E quanto à sua proteção jurídica, apenas os dados de comunicação privada têm a sua proteção veiculada por enunciado matricialmente constitucional.

V.5. A (in)controversa aplicação do MLAT para a requisição de dados bancários armazenados no exterior. Reafirmação da constitucionalidade do MLAT

90. Situação muito próxima exsurge do REsp nº 1.497.041/PR. Processo em que é discutido o compartilhamento de dados obtidos pelo procedimento do MLAT em 25 bancos estadunidenses que teriam recebido recursos provenientes das contas da agência do Banestado – à época, banco público do Estado do Paraná – localizada em Nova Iorque. Avultando a presunção de constitucionalidade dele, MLAT, em nenhum momento posto em xeque. Comprove-se:

“PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EVASÃO DE DIVISAS. DESCAMINHO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES. ACORDO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL. [...]

3. O TRF da 4ª Região deixou explícito que as aludidas provas compartilhadas são resultado de requerimento de quebra de sigilo bancário promovido pela autoridade policial, via tratado de mútua assistência em matéria penal ("Mutual Legal Assistance Treaty - MLAT"), referente a vinte e cinco contas mantidas em bancos nos Estados Unidos, as quais "teriam recebido recursos provenientes das contas investigadas na agência do Banestado em Nova York".

[...] 10. O valor ilegalmente remetido ao exterior, US\$ 318.440,00, é suficiente para a elevação da pena-base acima do mínimo legal, pois revela a magnitude do esquema criminoso contra o sistema financeiro nacional, que exigiu, para sua deflagração, o trabalho de complexa operação perpetrada pelas instituições envolvidas.” [...]

(EDcl no REsp 1497041/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016).” (Sem os destaques no original). (Doc. nº 6).

91. **Discussão mais prolongada foi encetada no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar expressamente que o MLAT já teve sua aplicabilidade analisada pelo E. STF, por ser um instrumento consentâneo com os ditames constitucionais e jamais haver sido alvo de ação direta de inconstitucionalidade. Leia-se:**

“HABEAS CORPUS. EVASÃO DE DIVISAS (ARTIGO 22 DA LEI 7.492/1986). QUEBRA DE SIGILO DE CONTA BANCÁRIA NO EXTERIOR. ACORDO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA EM MATÉRIA PENAL CELEBRADO ENTRE OS GOVERNOS BRASILEIRO E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA - MLAT. PROMULGAÇÃO PELO DECRETO 3.810/2001). ALEGADA INAPLICABILIDADE A CRIMES CONSIDERADOS LEVES. INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO NO MENCIONADO INSTRUMENTO JURÍDICO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Da leitura do item 4 do artigo 1º do Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal - MLAT, percebe-se que os Governos do Brasil e dos Estados Unidos da América reconhecem a especial importância em combater os graves crimes ali listados, sem, contudo, excluir a apuração de outros ilícitos, já que não há limitação ao alcance da assistência mútua a ser prestada, de modo que a simples afirmação de que o delito de evasão de divisas não estaria previsto no mencionado dispositivo legal não é suficiente para afastar a sua incidência na hipótese, uma vez que, como visto, o rol dele constante não é taxativo, mas meramente exemplificativo.

2. Aliás, já na introdução do Acordo tem-se que o Brasil e os Estados Unidos pretendem "facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal", ou seja, por meio dele os Governos almejam o auxílio no combate aos delitos em geral, e não com relação a apenas algumas e determinadas infrações penais.

3. Por sua vez, no item 1 do artigo 3º do Acordo estão enumeradas as restrições à assistência, dentre as quais não se encontram crimes considerados leves, notadamente o de evasão de dividas.

ALEGADA IMPRESTABILIDADE DO MLAT POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. APONTADA UTILIZAÇÃO DO ACORDO APENAS PARA O ATENDIMENTO DE PEDIDOS FORMULADOS NO INTERESSE DA ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE DE A DEFESA PLEITEAR A PRODUÇÃO DA PROVA AO JUÍZO, QUE A SOLICITARÁ AO ESTADO REQUERIDO. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. Muito embora o Ministério da Justiça tenha informado aos impetrantes, via e-mail, que "segundo a Autoridade Central estadunidense, pedidos de cooperação que solicitam diligências requeridas pela defesa não estão abrangidas pelo Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (Decreto nº 3.810, de 21/02/2001)", o certo é que nada impede que o acusado, por seus

advogados, pleiteie ao Juízo a produção de determinada prova, e que este a solicite ao Estado requerido por meio do MLAT.

2. Mesmo que os Estados Unidos da América não aceitem pedidos de prova requeridos pela defesa em face das peculiaridades do sistema da common law lá adotado, não há dúvidas de que inexistem impedimentos no direito pátrio a que o juiz solicite, por meio do acordo, as providências desejadas pelo acusado.

3. Em arremate, deve-se destacar que o Acordo de Cooperação Mútua Internacional - MLAT entre os Governos brasileiro e estadunidense foi promulgado em maio de 2001, por meio do Decreto 3.810, jamais tendo sido alvo de declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que inclusive já o examinou em diversas ocasiões, o que reforça a improcedência da arguição de sua imprestabilidade por ofensa ao princípio da isonomia previsto na Constituição Federal.

INDIGITADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 368 E 783 DO CÓDIGO PENAL. AVENTADA EXCLUSIVIDADE DA CARTA ROGATÓRIA PARA A OBTENÇÃO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES NO EXTERIOR. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE COOPERAÇÃO ENTRE OS PAÍSES ADMITIDOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. EIVA INOCORRENTE.

1. A carta rogatória não constitui o único e exclusivo meio de solicitação de providências pelo juízo nacional ao estrangeiro, prevendo o direito processual internacional outras formas de auxílio como as convenções e acordos internacionais.

2. O entendimento atual é o de que os acordos bilaterais, tal como o ora questionado, são preferíveis às cartas rogatórias, uma vez que visam a eliminar a via diplomática como meio de cooperação entre os países, possibilitando o auxílio direto e a agilização das medidas requeridas.

3. Como se sabe, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistêmica, não se podendo excluir, notadamente em se tratando de direito internacional, outros diplomas legais necessários à correta compreensão e interpretação dos temas postos em discussão, mostrando-se, assim, totalmente incabível e despropositado, ignorar-se a existência de Acordo de Assistência Judiciária celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos da América, regularmente introduzido no direito pátrio mediante o Decreto 3.810/2001, e que permite a obtenção de diligências diretamente por meio das Autoridades Centrais designadas.

ALEGADA INCOMPETÊNCIA DE MAGISTRADO BRASILEIRO PARA AUTORIZAR A QUEBRA DE SIGILO DE CONTA BANCÁRIA SITUADA NO EXTERIOR. PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE. POSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO DA MEDIDA PELA JUSTIÇA BRASILEIRA. EXECUÇÃO DEPENDENTE DA AQUIESCÊNCIA DO ESTADO ESTRANGEIRO. EXISTÊNCIA DE ACORDO ENTRE OS GOVERNOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A competência internacional é regulada ou pelo direito internacional ou pelas regras internas de determinado país acerca do direito internacional, tendo por fontes os costumes, os tratados normativos e outras regras de direito internacional.

2. Em matéria penal deve-se adotar, a princípio, o princípio da territorialidade, desenvolvendo-se na justiça pátria o processo e os respectivos incidentes, não se podendo olvidar, outrossim, de eventuais tratados ou outras normas internacionais a que o país tenha aderido, nos termos dos artigos 1º do Código de Processo Penal e 5º, caput, do Código Penal. Doutrina.

3. Na hipótese em apreço, imputa-se ao paciente o delito de evasão de divisas, cujo processo e julgamento, bem como os eventuais incidentes, compete à Justiça Brasileira, de modo que a quebra de seu sigilo bancário encontra-se inserida na jurisdição pátria, não se podendo acoimar de incompetente a magistrada da 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro simplesmente porque a conta pertencente ao acusado estaria localizada fora do território nacional.

4. Apenas a execução da medida, por depender de providências a serem tomadas em outro país, dependerá da aquiescência do Estado estrangeiro, que a realizará ou não a depender da observância das normas internas e de direito internacional a que se sujeita, sendo que, in casu, como visto, existe Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal a respaldar o envio da documentação e das informações requeridas pelo Ministério Público Federal e autorizadas judicialmente.

5. Ordem denegada.”

(HC 147.375/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 19/12/2011). (Sem os destaques no original). (Doc. nº 20).

92. É exatamente esse o entendimento jurídico correto sobre os mecanismos de cooperação jurídica internacional! **Não há ofensa à soberania brasileira em face de idêntico respeito à soberania de Estado estrangeiro.** A própria Constituição brasileira é que volta a conciliar as coisas, ao embutir, na lista dos princípios regentes das relações internacionais do Brasil, os nominados como “autodeterminação dos povos”, “não-intervenção” e “igualdade entre os Estados” (incisos III, IV e V, respectivamente, do art. 4º). E nisso não há nenhuma diferença entre dados bancários e dados de comunicação que justifique tratamento jurídico díspar.

93. Apenas para encerrar a demonstração da controvérsia judicial entre a aplicação do MLAT para a requisição de dados bancários e a sua não-aplicação com base em pretensas normas constitucionais, lembro as seguintes e numerosas decisões judiciais em favor da aplicabilidade dele, instituto do MLAT: TRF1, **ACR 0051672-79.2010.4.01.3800 / MG**, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 de 03/08/2016, (doc. nº 21); TRF2, **APELACAO CRIMINAL 2006.51.01.517532-7**, CNJ 0517532-48.2006.4.02.5101, relator: Desembargador Federal Messod Azulay Neto (doc. nº 22); TRF 3ª Região, QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, **ACR**

- **APELAÇÃO CRIMINAL - 49059 - 0007342-12.2009.4.03.6181**, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 19/05/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2014²⁶, (doc. nº 23).

VI. O procedimento veiculado pelo Decreto Executivo Federal nº 3.810/2001 e sua constitucionalidade

94. Assim atendido o requisito da comprovação da “controvérsia judicial relevante”, a acionante passa a adentrar as coordenadas do procedimento do MLAT e como ele concretiza princípios constitucionais de tomo fundamental.

95. **Remarque-se: os princípios constitucionais brasileiros rejeitam soluções unilaterais para problemas que digam respeito a outras soberanias.** É como está no art. 4º, inciso IX, da Constituição, com ênfase para o citado princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

96. Justamente em obediência a esse princípio constitucional é que o MLAT se faz do mais representativo meio de cooperação jurídico-penal entre os governos do Brasil e dos Estados Unidos. Padrão relacional-civilizatório comum à maioria dos tratados bilaterais de caráter internacional e com idêntico teor. Daí a parte introdutória dele, MLAT, estabelecer que sua finalidade é "facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal"; ou seja, por meio dele os Governos têm a possibilidade do auxílio mútuo no combate aos delitos em geral, e não apenas em face dessa ou daquela infração de feição penal.

97. Nesse aspecto, cabe lembrar que o item 2 do artigo 1º traz uma extensa cópia de ações passíveis de assistência recíproca, tais como a tomada de depoimentos, a entrega de documentos e a execução de pedidos de busca e apreensão. Com a peculiaridade de que a

²⁶ “4. A documentação que instrui os autos foi obtida junto aos Órgãos americanos supramencionados, incluindo a Procuradoria dos Estados Unidos para o Distrito de Nova Jersey e a Promotoria Distrital de Nova Iorque, por meio de quebra dos sigilos bancários de inúmeras contas bancárias autorizadas pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba (PR) e pela Justiça norte-americana, mediante a intermediação das autoridades centrais dos dois países no âmbito de cooperação jurídica internacional em matéria penal, por via do Mutual Legal Assistance Treaty – MLAT.”

alínea “h” deixa expresso que se trata de medidas meramente exemplificativas ou de enunciação não-exauriente. Leia-se:

“2. A assistência incluirá:

- a) tomada de depoimentos ou declarações de pessoas;
- b) fornecimento de documentos, registros e bens;
- c) localização ou identificação de pessoas (físicas ou jurídicas) ou bens;
- d) entrega de documentos;
- e) transferência de pessoas sob custódia para prestar depoimento ou outros fins;
- f) execução de pedidos de busca e apreensão;
- g) assistência em procedimentos relacionados a imobilização e confisco de bens, restituição, cobrança de multas; e

h) qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado Requerido.” (sem grifos no original)

98. É sobre esse caráter meramente exemplificativo do conjunto de medidas bilaterais que preleciona Paulo Baltazar Júnior:

“O rol mencionado é considerado exemplificativo e, dentro da ideia da máxima cooperação, outras medidas poderão ser adotadas, tais como a entrega controlada ou mesmo investigações conjuntas. Não há dúvida de que o pedido de cooperação poderá servir para os fins de informações cobertas por sigilo bancário, por exemplo, ou mesmo para medidas de constrição judicial de bens, pois, uma vez estando previstas em tratado, não há impedimento a medidas de caráter executório.”²⁷

99. Tudo se encaixa em congruente normatividade: o MLAT é atualizado mecanismo de celeridade processual-penal, mais e mais necessária à persecução criminal de graves modalidades de delinquência tão cosmopolita quanta organizada. A exemplo de tráfico de armas de fogo, de entorpecentes e drogas afins, lavagem de dinheiro e evasão de divisas (art. 1º, § 4º). Da leitura dos seus dispositivos ressaíndo a intelecção de que os Governos do Brasil e dos Estados Unidos da América reconhecem a essencialidade do combate a tão deletérios crimes e sua projeção para outras esferas do delinquir humano. Motivo de sua enunciação apenas em sentido exemplificativo ou não-taxativo.

²⁷ BALTAZAR, Júnior, José Paulo. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal. [http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/7575]

100. É para atender a esse desígnio conjunto da celeridade processual e da eficácia saneadora-penal que o art. 2º e seus desdobramentos normativos tratam das relações entre as autoridades centrais dos Estados signatários, *litteris*:

“Artigo II

Autoridades Centrais

1. Cada Parte designará uma Autoridade Central para enviar e receber solicitações em observância ao presente Acordo.”

“2. Para a República Federativa do Brasil, a Autoridade Central será o Ministério da Justiça. No caso dos Estados Unidos da América, a Autoridade Central será o Procurador-Geral ou pessoa por ele designada;”

“3. As Autoridades Centrais se comunicarão diretamente para as finalidades estipuladas neste Acordo.”

101. Já no que toca à agilidade obtida por efeito da substituição das cartas rogatórias pelo auxílio direto, sem nenhum prejuízo para a licitude dos meios de produção de provas (art. 5º, inc. LVI), assim pondera Irineu Strenger:

"Os tribunais dos vários países com a extraordinária e contínua intensificação das relações internacionais públicas e privadas, precisam cada vez mais, para boa e completa realização da justiça, de correspondência, comunicação e assistência recíprocas. Destarte, as justiças dos diferentes Estados podem e prestam, diuturnamente, cooperação internacional nos processos internacionais. Tal cooperação abrange, basicamente, o auxílio para a instrução das causas, pelo meio clássico e ainda atual de cartas rogatórias e outros meios de comunicação diretos, o. ex., simples ofícios adotados em convenções para autoridades de territórios fronteiriços e a ajuda para eficácia das decisões proferidas pelo respectivo reconhecimento e execução. Segundo se vê do relato acima, as muitas convenções, referentes à matéria, são poucas mas com aplicação justa e equitativa."²⁸

[...]“Não se pode deixar de mencionar as convenções de cooperação em vigor no Brasil, entre Brasil e França, Brasil e Espanha, Brasil e Itália e Brasil e Argentina. Esses acordos bilaterais procuram eliminar a via diplomática como meio de transmissão dessas cartas, de modo a agilizar a sua remessa, instituindo o sistema de autoridades centrais para o seu encaminhamento. Tal procedimento é considerado como a melhor técnica nos dias de hoje e faz parte do sistema instituído pelas convenções da Haia.”²⁹

102. De se ver, no caso da aplicação do MLAT, que há perfeita consonância entre o pactuado internacionalmente e as normas de Direito interno brasileiro, a partir da

²⁸ STRENGER, Irineu. **Direito Processual Internacional**. São Paulo: LTr, 2003, p. 73

²⁹ Op. cit., p. 73.

Constituição. Até mesmo porque o MLAT cuida de intervenção restritiva do Estado no maior bem da Vida, que é a liberdade. O acordo a resguardar, portanto, e mediante a observância do devido processo legal, um bloco normativo de direitos que a própria Magna Carta brasileira categoriza como fundamentais. Sendo forçoso concluir que a não observância desse altaneiro pacto é que leva a decisões inconstitucionais.

103. Tal incidência em inconstitucionalidade decisória também se explica por albergar o MLAT cláusulas de limites recíprocos à soberania de cada qual dos sujeitos pactuantes; isto é, a partir da cláusula universalmente consagrada do *pacta sunt servanda* (as partes são escravas do pacto) é que os signatários do MLAT imprimem a esse documento jurídico a força da coercibilidade (normas de *jus cogens*) contra eles próprios. Pelo que Francisco Rezek bem ajuíza que “atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são *ilimitadas*; mas nenhuma outra entidade as possui superiores”³⁰.

104. Trazido para o plano do Direito doméstico, pelo mecanismo de um **devido processo constitucional de internalização do tratado**, ele, MLAT, passa a atuar numa objetiva ambiência de diálogo incessante com normas brasileiras de hierarquia constitucional e legal. Aqui, ocupando os espaços da infraconstitucionalidade e mantendo uma relação de paridade com as normas propriamente legais. Salvo, claro, a adoção do rito previsto no art. 5º, §3º³¹, quando as normas internalizadas passam a se dotar do mais elevado *status* hierárquico de emendas constitucionais³².

105. É por aqui mesmo que toma corpo o seguinte raciocínio técnico-jurídico: totalmente incabível e até despropositado é ignorar-se o Acordo de Assistência Judiciária entre o Brasil e os Estados Unidos da América. Acordo regularmente introduzido no Direito autóctone pelo Decreto Executivo Federal nº 3.810/2001, que, entre outras medidas

³⁰ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 265

³¹ “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

³² Há, também, o entendimento liderado pelo Min. Celso de Mello, no sentido de que os tratados internacionais ocupam, na pirâmide normativa do Direito brasileiro, a posição da “supralegalidade” (Pleno do STF – HC 87.585-TO e RE 466.343-SP).

de combate eficaz à criminalidade, prevê diligências por meio das respectivas Autoridades Centrais. Tudo por modo célere e ao mesmo tempo seguro.

VI.1. O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e o MLAT (Decreto nº 3.810/2001)

106. É neste mesmo ritmo argumentativo (*fundamentativo*, em rigor) que entra em cena a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet ou “MCI”). Documento legislativo-congressual que porta princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Sucedendo que o seu art. 11 não exige dos provedores de conexão e de aplicações da Internet que realizem, em nosso País, todas as atividades ali normadas, tais como: operações de coleta, armazenamento, guarda, tratamento de registros de dados pessoais ou de comunicações. Remarque-se:

“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.”

107. Com efeito, ao hipotetizar que “pelo menos um desses atos ocorra em território nacional”, a Lei avança a hipótese contrária: de que alguns deles se dêem fora do Brasil. O que já autoriza a formulação do raciocínio de que, se todos esses atos (coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de Internet) ocorrerem fora do território nacional, já não se dará qualquer vínculo ou conexão operacional com a legislação brasileira usual ou ortodoxa. Já não haverá ensejo para se invocar a jurisdição brasileira em sentido estrito ou corriqueiro. *A contrario sensu*, e nos termos do mesmo art. 11, se pelo menos um desses atos ocorrer em território nacional passam a incidir legislação e jurisdição nacionais comuns (especialmente, o respeito “dos direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros”).

108. Advirta-se, porém, que não se pode concluir que as autoridades brasileiras (e.g.: Ministério Público, policiais, autoridades judiciárias) estejam autorizadas a emitir ordens com eficácia no exterior, sem a utilização da assistência jurídica internacional, tendo em

vista o princípio constitucional de cooperação entre os povos. Pelo contrário. A corroborar a necessidade de utilização do MLAT, o próprio Marco Civil da Internet ordena que os princípios por ele estabelecidos “*não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” (artigo 3º, parágrafo único). Eis o texto que mais habilita o intérprete a concluir pelo não afastamento do mecanismo do MLAT:

“Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

[...] Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

109. Também de especial serventia é recordar que, durante o processo legislativo do MCI, a Emenda nº 22, de autoria do Senador Cyro Miranda, constante no Parecer da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informação propunha “*explicitar a aplicação dos tratados internacionais e das normas de conflitos de jurisdição*”, porque a “*redação atual entra em conflito com o fundamento do reconhecimento da escala mundial da rede*”. Sucedendo que, ao fim dos debates, o parecer consignou que o texto do artigo **não** excluía os tratados internacionais. É o que se infere desta transcrição:

“O texto do projeto, em nenhum momento, afirma que não se aplicam às questões de internet os tratados internacionais ou as normas relacionadas a conflitos de jurisdição. Ao contrário, o parágrafo único do art. 3º estabelece que os princípios expressos na proposta não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.”

110. Por outro ângulo de análise, mas ainda em matéria penal, é certo que o lugar em que se dá o fato delituoso, assim como a residência ou o domicílio de pessoas que trocam mensagens ilegais, podem determinar a jurisdição da pertinente autoridade brasileira; mas não autorizam tais autoridades a cumprirem ordens ou diligências no exterior. De qualquer modo, são impróprias as decisões que sacam dos argumentos de lentidão e complexidade como fundamento para afastar a cooperação jurídica internacional. É que o procedimento previsto pelo MLAT bem se presta para o atendimento de solicitações das autoridades brasileiras que se revistam do atributo da urgência. Daí o art. V, item 1, dele, MLAT, estabelecer que “*A Autoridade Central do Estado Requerido atenderá imediatamente à solicitação*”. No mesmo sentido é o art. XIII, item 1, sob a seguinte estrutura de linguagem: “*O Estado*

Requerido se empenhará ao máximo para providenciar a entrega de documentos relativos, no todo ou em parte, a qualquer solicitação de assistência pelo Estado Requerente, de conformidade com os dispositivos deste Acordo.”

111. Como se não bastasse, a Seção de Crimes Cibernéticos dispõe ainda de uma “Rede 24/7”, disponível 24 horas por dia, 7 dias por semana, para auxiliar solicitações emergenciais que sejam enviadas por fax ou e-mail. Eis a extensa lista das *informações* passíveis de obtenção pelo MLAT:

“Artigo I

Alcance da Assistência

1. As Partes se obrigam a prestar assistência mútua, nos termos do presente Acordo, em matéria de investigação, inquérito, ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal.

2. A assistência incluirá:

- a) tomada de depoimentos ou declarações de pessoas;
- b) fornecimento de documentos, registros e bens;
- c) localização ou identificação de pessoas (físicas ou jurídicas) ou bens;
- d) entrega de documentos;
- e) transferência de pessoas sob custódia para prestar depoimento ou outros fins;
- f) execução de pedidos de busca e apreensão;
- g) assistência em procedimentos relacionados a imobilização e confisco de bens, restituição, cobrança de multas; e
- h) qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado Requerido.”

112. Não por outra consideração é que o Ministério da Justiça, órgão que fala pelo Estado Brasileiro no âmbito do MLAT, editou **Cartilha sobre a Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. Fazendo-o por meio do seu Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, justamente. Além do que disponibiliza o Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos, com foco nos procedimentos a ser adotados em face do Estado destinatário da requisição; *in casu*, os Estados Unidos da América do Norte (ambos os documentos a constar do *site* do mesmo órgão ministerial brasileiro).³³. Moldura processual-penal-probatória em que o

³³Confira-se: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf>

requerente pensa se encaixar o seguinte entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. EVASÃO DE DIVISAS (ARTIGO 22 DA LEI 7.492/1986). QUEBRA DE SIGILO DE CONTA BANCÁRIA NO EXTERIOR. ACORDO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA EM MATÉRIA PENAL CELEBRADO ENTRE OS GOVERNOS BRASILEIRO E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA - MLAT. PROMULGAÇÃO PELO DECRETO 3.810/2001). ALEGADA INAPLICABILIDADE A CRIMES CONSIDERADOS LEVES. INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO NO MENCIONADO INSTRUMENTO JURÍDICO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Da leitura do item 4 do artigo 1º do Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal - MLAT, percebe-se que os Governos do Brasil e dos Estados Unidos da América reconhecem a especial importância em combater os graves crimes ali listados, sem, contudo, excluir a apuração de outros ilícitos, já que não há limitação ao alcance da assistência mútua a ser prestada, de modo que a simples afirmação de que o delito de evasão de divisas não estaria previsto no mencionado dispositivo legal não é suficiente para afastar a sua incidência na hipótese, uma vez que, como visto, o rol dele constante não é taxativo, mas meramente exemplificativo.

2. Aliás, já na introdução do Acordo tem-se que o Brasil e os Estados Unidos pretendem "facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal", ou seja, por meio dele os Governos almejam o auxílio no combate aos delitos em geral, e não com relação a apenas algumas e determinadas infrações penais.

3. Por sua vez, no item 1 do artigo 3º do Acordo estão enumeradas as restrições à assistência, dentre as quais não se encontram crimes considerados leves, notadamente o de evasão de dívidas.

ALEGADA IMPRESTABILIDADE DO MLAT POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. APONTADA UTILIZAÇÃO DO ACORDO APENAS PARA O ATENDIMENTO DE PEDIDOS FORMULADOS NO INTERESSE DA ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE DE A DEFESA PLEITEAR A PRODUÇÃO DA PROVA AO JUÍZO, QUE A SOLICITARÁ AO ESTADO REQUERIDO. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. Muito embora o Ministério da Justiça tenha informado aos impetrantes, via e-mail, que "segundo a Autoridade Central estadunidense, pedidos de cooperação que solicitam diligências requeridas pela defesa não estão abrangidas pelo Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (Decreto nº 3.810, de 21/02/2001)", o certo é que nada impede que o acusado, por seus advogados, pleiteie ao Juízo a produção de determinada prova, e que este a solicite ao Estado requerido por meio do MLAT.

2. Mesmo que os Estados Unidos da América não aceitem pedidos de prova requeridos pela defesa em face das peculiaridades do sistema da common law lá adotado, não há dúvidas de que inexistem impedimentos no direito pátrio a que o juiz solicite, por meio do acordo, as providências desejadas pelo acusado.

3. Em arremate, deve-se destacar que o Acordo de Cooperação Mútua Internacional - MLAT entre os Governos brasileiro e estadunidense foi promulgado em maio de 2001, por meio do Decreto 3.810, jamais tendo sido alvo de declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que inclusive já o examinou em diversas ocasiões, o que reforça a improcedência da arguição de sua imprestabilidade por ofensa ao princípio da isonomia previsto na Constituição Federal.

INDIGITADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 368 E 783 DO CÓDIGO PENAL. AVENTADA EXCLUSIVIDADE DA CARTA ROGATÓRIA PARA A OBTENÇÃO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES NO EXTERIOR. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE COOPERAÇÃO ENTRE OS PAÍSES ADMITIDOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

1. A carta rogatória não constitui o único e exclusivo meio de solicitação de providências pelo juízo nacional ao estrangeiro, prevendo o direito processual internacional outras formas de auxílio como as convenções e acordos internacionais.

2. O entendimento atual é o de que os acordos bilaterais, tal como o ora questionado, são preferíveis às cartas rogatórias, uma vez que visam a eliminar a via diplomática como meio de cooperação entre os países, possibilitando o auxílio direto e a agilização das medidas requeridas.

3. Como se sabe, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistêmica, não se podendo excluir, notadamente em se tratando de direito internacional, outros diplomas legais necessários à correta compreensão e interpretação dos temas postos em discussão, mostrando-se, assim, totalmente incabível e despropositado, ignorar-se a existência de Acordo de Assistência Judiciária celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos da América, regularmente introduzido no direito pátrio mediante o Decreto 3.810/2001, e que permite a obtenção de diligências diretamente por meio das Autoridades Centrais designadas.

(...) 5. Ordem denegada.

(STJ, HC 147.375/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 19/12/2011) (sem ênfase no original)” (Doc. nº 20).

113. É desse mesmo venerando acórdão que se desata o entendimento de que a quebra do sigilo de contas bancárias mantidas no exterior é de ser efetivada por meio do MLAT. Procedimento que também prevalece para o fornecimento do conteúdo de contas de e-mail, ou mensagens. Veja-se, então, esta complementar passagem:

“A propósito, vale frisar que o próprio Supremo Tribunal Federal, no célebre caso do ‘Mensalão’, autorizou o afastamento do sigilo de contas bancárias de cidadãos brasileiros situadas em país estrangeiro, medida

que foi implementada por meio do Decreto 3.810/2001, o que reforça a competência da Justiça Brasileira para proceder à quebra do sigilo bancário nos Estados Unidos da América, que será executada a partir de acordo celebrado entre os países envolvidos (Inq 2245, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2007, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007, P. 14/18).” (sem ênfase no original)” (Sem os destaques no original).

114. É um tribunal judiciário superior (o STJ) a citar um tribunal judiciário supremo (o STF) para atestar o préstimo operacional-jurídico do MLAT em tema de produção de prova material. Ele a consubstanciar o mais inequívoco devido processo legal substantivo., nos processos da espécie.

115. Urge, portanto, a submissão da presente questão à interpretação soberana dessa E. Suprema Corte, a fim de declarar a constitucionalidade do Decreto nº 3.810/2001, assim como das vias alternativas das cartas rogatórias. Com o que se proclama a serena compatibilidade de ambas as vias processuais com os pertinentes princípios constitucionais, o da legalidade e o da segurança jurídica à frente.

116. Afinal, a cooperação jurídica internacional recíproca se mostra fundamental em razão da globalização e do estreitamento de relações internacionais interpessoais e intergovernamentais. Tanto é assim que também o Código de Processo Civil dedicou, de maneira elogiavelmente firme ou decidido, capítulo específico à necessidade de tal espécie de atuação internacional cooperada.

117. Nesse claro sentido, o CPC/2015 instituiu os principais instrumentos utilizados pelos Estados no tratamento de questões jurídico-políticas de cunho internacional, justamente, como os tratados internacionais, as cartas rogatórias, a homologação de sentença estrangeira, a extradição e o auxílio direto.

118. Mais uma vez imprimindo relevo ao propósito de aprimoramento dos mecanismos de cooperação jurídica internacional é que o CPC, ilustrativamente, enumera os atos de comunicação judicial e extrajudicial, a coleta de provas e a obtenção de informações, homologação e cumprimento de decisão, medidas judiciais de urgência e qualquer outra providência igualmente judicial ou extrajudicial não proibida pela lei

brasileira. Donde o art. 26, parte inicial, determina que a cooperação internacional será regida pelos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, a saber:

“Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;

II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;

[...] § 3o Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.

§ 4o O Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica.”

119. Aqui, avulta o conteúdo significativo do inciso II do art. 26 dele, CPC/2015, ao consagrar como princípio basilar a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, quanto ao acesso à Justiça e à tramitação dos processos.

120. Já o §4º do mesmo artigo de lei, é ele que reconhece ao Ministério da Justiça as funções de autoridade central, exatamente como prevê o Decreto nº 3.810/2001 em seu artigo II, item 2, assim vernacularmente posto: *“Para a República Federativa do Brasil, a Autoridade Central será o Ministério da Justiça”*.

121. Quanto ao objeto da cooperação jurídica internacional, o art. 27 estabelece algumas das diligências processuais que podem ser objeto de cooperação jurídica internacional entre os estados estrangeiros e o Brasil. Cabendo frisar, outra vez, o caráter não taxativo de tais diligências, pela ressalva da possibilidade de utilização de medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira. O enunciado não deixa a menor dúvida quanto ao seu conteúdo normativamente significativo:

“Art. 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto:

I - citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial;

II - colheita de provas e obtenção de informações;

[...] VI - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.”

122. Quanto ao instituto do auxílio direto, ele chega a ser didaticamente versado como instrumento de reforço eficaz do MLAT. Eis o que diz o art. 28 dele, CPC: “*cabete auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de deliberação no Brasil*”. Auxílio “direto” assim legalmente positivado, destarte, para o fim de aceleração dos trâmites internacionais de que o MLAT é via processual específica.

123. A seu turno, o art. 30 veicula medidas passíveis de solicitação também pelo mecanismo do auxílio direto, notadamente a obtenção e prestação de informações sobre a “Ordem Jurídica” (art. 127 da Constituição) e sobre processos administrativos e também jurisdicionais, findos ou ainda em curso (inciso I), coleta de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira (inciso II), ou qualquer outra medida judicial ou então extrajudicial que não proibida pela lei brasileira (inciso III).

124. Por último, é preciso admitir a lógica elementar do seguinte raciocínio: caso a declaração de constitucionalidade do Decreto nº 3.810/2001 seja negada, a consequência só pode ser a denúncia unilateral do MLAT. O que vai significar um ato de *fratura exposta* (a acionante pede vênua para dizê-lo) na Ordem Jurídica e diplomática do País.

VI.2. O sistema de cooperação internacional e a necessidade de utilização das cartas rogatórias

125. Como antecipado, o tema da cooperação jurídica internacional vem adquirindo cada vez mais importância em um mundo de comunicações em rede, com a previsível e até imperiosa pauta de incessante aprimoramento nos mecanismos de que se tem valido.

126. Dentre eles, o instituto das cartas rogatórias, surgidas no Brasil em 1847 (com o Aviso Circular nº 1, de 1847, também responsável pela introdução, no País, da figura da extradição), e que durante muito tempo foi o grande expoente da cooperação transnacional. Do seu conceito doutrinário, calha o seguinte contributo de Fábio Ramazzini Bechara: “o instrumento pelo qual se solicita a prática de diligência à autoridade judicial estrangeira, utilizando principalmente para a comunicação de atos processuais. Ou ainda, o instrumento

de ordem necessário à comunicação de que atos processuais precisam ser realizados fora do território de um Estado”³⁴.

127. Assim é que todas elas (cartas rogatórias) viabilizam a citação e intimação de pessoas, interrogatório(s) de réu(s) e oitiva de testemunhas, coleta de provas e atos de caráter executório, como a busca e apreensão e a quebra de sigilo bancário. Acarretando o seu descarte a inércia da Justiça de um determinado Estado, quando a realização de tais diligências ficarem na exclusiva dependência de outro.

128. Razões o bastante para o vigente Direito Positivo brasileiro tanto prestigiar o instituto em foco (o das cartas rogatórias), sabido que ele marca presença nos seguintes diplomas: a) Constituição Federal, arts. 105 e 109; b) Código de Processo Civil (parte geral, capítulo II, seção III, artigo 36, e nos artigos 237, II, 260 e seguintes); c) Código de Processo Penal (artigos 780 a 796); d) Resolução nº 9, do STJ.

129. Para os fins da presente ADC, o que se visa com todo foco é o reconhecimento da constitucionalidade dos artigos (a) 237, II, do CPC/2015 e (b) 780 e 783 do CPP, que tratam das cartas rogatórias ativas e dispõem, em síntese, sobre a necessidade de cooperação internacional das autoridades estrangeiras para a prática de atos fora do território brasileiro, na perspectiva final do uso da via diplomática para a produção de provas e seus naturais desdobramentos. Cabendo ressaltar que, no Brasil, após a Lei nº 11.419/2006, a carta rogatória comporta expedição por meio digital ou eletrônico.

VII. Violações a normas constitucionais brasileiras, pela não aplicação do MLAT

130. A título de reforço argumentativo, é de se notar, no caso da aplicação do MLAT, que há perfeita consonância entre o acordado internacionalmente e as normas de Direito interno brasileiro, a Constituição em destaque (por ser ela “o fundamento de validade da internalização de um tratado”³⁵). Donde, entre outros, os seguintes dispositivos constitucionais que resultam preteridos pelo fato da não aplicação do MLAT em sede de julgados brasileiros:

³⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal. Eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150

³⁵ Prof. Dr. Ayres Britto em palestra no Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – Cbec- <https://www.youtube.com/watch?v=OvBuRfRMGPY>, acesso em 8 de agosto de 2017.

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

[...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

[...] III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

[...] VII - solução pacífica dos conflitos;

[...] IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”

131. É nesse âmbito da principiologia constitucional do art. 4º que mais se percebe a gravidade da cominação das chamadas *astreintes*. É que elas se voltam contra a empresa afiliada que, estabelecida no Brasil, não guarda pertinência em seu objeto social com a providência que lhe é imposta pelo Poder Judiciário pátrio. Providência de impossível cumprimento, por não ter a empresa brasileira autorização para divulgar dados que são de controle empresarial externo. Além do que as empresas brasileiras não ostentam a condição de partes processuais nem têm acesso a investigações criminais de caráter sigiloso. É que se chama, em linguagem forense, de *ad impossibilia nemo tenetur*; ou seja, de impossibilidade material de cumprimento de decisão judicial.

132. Ainda em outro modo de falar sobre o mesmo tema, não se pode compelir a empresa afiliada a servir de *via expressa* para cumprimento de ordens judiciais que, à luz do SCA do Direito estadunidense, apenas correlata empresa norte-americana poderia cumprir, mas ainda assim perante os tribunais judiciais daquele País. Sem consideração sequer para o fato de que: a) tais empresas alóctones têm o seu próprio direito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, no âmbito de um peculiar “devido processo legal”; b) o fundamento decisório que não vai além da simples menção à violação da soberania brasileira constitui implícita declaração de inconstitucionalidade do MLAT, à luz do *espírito* que anima a Súmula Vinculante nº 10 e a jurisprudência comum ou ainda não sumulada desse Órgão de Cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

VII.2. Violação ao devido processo legal

133. Essa reiterada invocação ao devido processo legal é feita, antes de tudo, em deferência a dispositivo da própria Constituição brasileira. Constituição que o tem como garantia fundamental (Título II) e cláusula pétrea, a teor do inciso LIV do seu art. 5º e do inciso IV do § 4º do seu art. 60, respectivamente³⁶, Afinal, trata-se de um bem da Vida que é signo mesmo de processo civilizatório. Razão pela qual o consagrado constitucionalista José Afonso da Silva assim prestou o seu testemunho intelectual sobre ele, devido processual legal:

“Garante-se o *processo*, e ‘quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica.”³⁷

134. Ora bem, o que se busca na presente ação de exame abstrato de constitucionalidade? A aplicação de um compromisso internacional que o Estado brasileiro assumiu com *pompa e circunstância* (porquanto formalmente pactuado pelo Poder Executivo e ratificado pelo Congresso Nacional). Que não é senão a civilizada observância do devido processo legal do caso em Juízo discutido.

VII.4. Violação à igualdade

135. Outro ponto a que se volta, pela sua perceptível relevância: a violação ao princípio constitucional e ao mesmo tempo internacional da igualdade não ocorre, no caso, apenas pela discrepância das decisões judiciais que ora aplicam, ora afastam, os mecanismos de cooperação. A violação à igualdade ainda se dá quando um setor da Economia, caracterizado pela sua projeção competitivo-globalizada, deixa de se submeter a um isonômico tratamento em sede de devido processo legal. Explica-se.

³⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...]

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.”

³⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 435.

136. De um lado, o setor bancário. Setor, esse, tão internacionalizado quanto o da tecnologia da informação, porém para o qual o Judiciário brasileiro unanimemente respeita o devido processo legal em sede de acesso a dados sob controle de entidades localizadas no exterior³⁸. De outro, empresas do setor de tecnologia, precisamente, que são coagidas a desrespeitar a legislação do respectivo País (País-sede). Ali onde as controladoras dos dados estão juridicamente localizadas, para entregá-los às autoridades brasileiras sem que o procedimento de cooperação internacional, estabelecido por ato bilateral em tudo e por tudo internalizado no Direito brasileiro, validamente, seja observado. Duas tipologias de dados que, se consideradas numa perspectiva de estrutura normativamente hierarquizada, a que se postaria num escalão superior seria aquela de matriz constitucional: a de comunicação de dados. A de comunicação de dados informatizados ou digitais ou cibernéticos, sim, pela explícita voz do comando que se lê no inciso XII do art. 5º da Magna Carta de 1988³⁹.

VII.5. Violação ao princípio constitucional da livre iniciativa

137. Por mais uma forma a Constituição brasileira se vê *estapeada*. Decisões judiciais que, por meio de multas e até responsabilização criminal pessoal de funcionários, forçam a sociedade empresária brasileira – afiliada ao *data controller* estrangeiro – a fornecer dados de que ela não tem o controle, violam o princípio constitucional da “livre iniciativa” (inciso IV do art. 1º e *caput* do art. 170⁴⁰). Isso por implicar, na prática, uma ação diversa do respectivo objeto social ou ramo de negócio; devido a que não existe na Ordem Jurídica *destas bandas de cá* disposição legal que obrigue os provedores estrangeiros ou empresas a eles afiliadas a armazenar tal conteúdo em território nacional.

³⁸ Ver item III.5.

³⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

⁴⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

VIII. Eventual recebimento da presente ADC como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF

138. À face do princípio da eventualidade, conformador do Direito Processual brasileiro, a acionante formula o seu pedido subsidiário de recebimento desta ADC como Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. É que (foi precedentemente afirmado) o afastamento da aplicabilidade, por pretensos fundamentos constitucionais, dos mecanismos de cooperação judiciária internacional, além de indevidamente afastar a constitucionalidade do Decreto nº 3.810/2001 e dos arts. 237, II do CPC, 780 e 783 do CPP, caracteriza violação direta a diversos preceitos fundamentais da Constituição de 1988. Por conseguinte, sob a remota hipótese de que essa ADC não venha a ser recebida como adequada via processual, que se digne esse Tribunal Excelso dar como presente o requisito da subsidiariedade para receber este requerimento como ADPF.

139. Conforme leciona o Min. Gilmar Mendes:

“Pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional.

[...] Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental poderá conter uma violação de norma constitucional. Nessa hipótese caberá a propositura da arguição de descumprimento para afastar a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.882/99.”⁴¹

140. Sem a necessidade de mais funda retomada do quanto anteriormente exposto, portanto, o objeto (atos impugnados) deste pedido subsidiário de ADPF reside nas decisões judiciais que, a pretexto de defender a soberania nacional, vêm recusando aplicabilidade aos mecanismos de cooperação internacional que fazem parte do Direito Positivo brasileiro. Decisões que incidem em descumprimento de muitos preceitos fundamentais brasileiros e ainda atentam contra a independência de Estado estrangeiro. Fazendo-o, sobretudo, por saliente preterição dos princípios da territorialidade, da não-intervenção, da igualdade entre os Estados, da reciprocidade e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, todos regentes das relações internacionais do

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2007.

Brasil, a partir o art. 4º da Constituição brasileira. Princípios a que se agrega o da livre iniciativa, entre outros.

141. São decisões que, ao se imiscuir na competência jurisdicional de Estado estrangeiro, terminam por precarizar a própria soberania nacional. Perceptível que, ao atentar contra a soberania de outro Estado, instigam esse outro Estado, pelo princípio da reciprocidade, a desrespeitar a soberania brasileira; quer dizer, se o Poder Judiciário brasileiro atua para obter dados localizados em território fora da sua jurisdição, ele também abre os flancos para juízes estrangeiros façam o mesmo com empresa fixada no território nacional brasileiro.

142. Pedido adicional: que as referidas instâncias judiciárias brasileiras incluam, nas informações que deverão prestar a esse colendo Tribunal, aquelas sobre os processos que tramitam em segredo de justiça; de forma a não quebrar tal sigilo, por evidente, porém de sorte a permitir a esse mesmo Excelso Pretório conhecer da matéria integralmente agitada neste requerimento, inclusive quanto aos relevantes aspectos de economia de mercado, em escala transnacional.

IX. A concessão de medida cautelar

143. Por todo o exposto, a acionante se julga merecedora da concessão de medida cautelar, aqui prontamente requerida. Para o que se permite lembrar que esse Magno Tribunal muito debateu sobre tal possibilidade em ação declaratória, fazendo-o pela convincente pena do Ministro Luís Roberto Barroso, ao citar a ADC 4 MC, de relatoria do então Ministro Sydney Sanches, *in verbis*:

“Por maioria, entendeu a Corte ser possível sua [medida cautelar] concessão, para o fim de sustar, até o julgamento definitivo da ação, a prolação de qualquer decisão que tenha como pressuposto a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei sob exame”.⁴²

144. A mesma questão foi trazida à baila na ADC 8, em que se reafirmou a possibilidade de outorga de medida cautelar. Eis o texto que mais interessa transcrever:

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 282.

[...] AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - OUTORGA DE MEDIDA CAUTELAR COM EFEITO VINCULANTE - POSSIBILIDADE.

- O Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para exercer, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o poder geral de cautela de que se acham investidos todos os órgãos judiciários, independentemente de expressa previsão constitucional. A prática da jurisdição cautelar, nesse contexto, acha-se essencialmente vocacionada a conferir tutela efetiva e garantia plena ao resultado que deverá emanar da decisão final a ser proferida no processo objetivo de controle abstrato. **Precedente.**

- O provimento cautelar deferido, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, além de produzir eficácia "erga omnes", reveste-se de efeito vinculante, relativamente ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. **Precedente.**

- A eficácia vinculante, que qualifica tal decisão - precisamente por derivar do vínculo subordinante que lhe é inerente -, legitima o uso da reclamação, se e quando a integridade e a autoridade desse julgamento forem desrespeitadas. [...]

(ADC 8 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/1999, DJ 04-04-2003 PP-00038 EMENT VOL-02105-01 PP-00001. – Sem os destaques no original)” (Doc. nº 24).

145. É o mesmo raciocínio que a requerente pensa aplicável a toda ADPF, naquelas hipóteses em que o Excelso Pretório assim a receba como tal. Até porque de explícita enunciação legal. Medida cautelar que ora se requer para o fim de suspender o julgamento ou eficácia das decisões proferidas nos pertinentes processos em concreto, até o julgamento de mérito da presente ação.

146. Patente que o *fumus boni iuris* tanto evolva da presunção de constitucionalidade do Decreto nº 3.810/2001 e dos artigos 237, II/CPC, 780 e 783/CPP⁴³ quanto das razões aqui demoradamente expendidas.

147. Já o *periculum in mora*, este se desata:

- a. do perigo iminente de medidas drásticas como a prisão ou responsabilização criminal de funcionários de empresas brasileiras afiliadas

⁴³ Enuncia a Constituição, pelo inciso II do seu art. 19: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II. recusar fé aos documentos públicos;”

às empresas estrangeiras que são de fato e de direito as custodiantes e controladoras dos dados (conteúdo de comunicações)⁴⁴; e

- b. dos assombrosos valores das multas aplicadas contra tais empresas brasileiras que, mesmo não custodiando nem controlando conteúdo de comunicação de usuários, são obrigadas à respectiva entrega. Obrigadas e sob a concreta incidência de multas-dia (ora R\$ 50.000,00, ora R\$ 100.000,00, ora R\$200.000,00), que não deixarão de prosseguir na pendência da presente ação⁴⁵.

148. Diante do uso massificado de aplicações de internet pela população brasileira, na pendência desta ação certamente surgirão novas investigações ou perseguições criminais onde autoridades locais buscarão conteúdo de comunicações que esteja sob controle de empresas estrangeiras, e juízos criminais decidirão punir empresas brasileiras afiliadas às estrangeiras, apesar de as sociedades locais não custodiarem nem controlarem tais dados.

149. Na prática, isto acarretará risco à liberdade de funcionários incapacitados de fornecerem os dados buscados e contingências financeiras que já se fazem praticamente ruinosas. Neste ponto, vale destacar que **não há como informar e quantificar, nestes escritos, as ameaças de responsabilização criminal pessoal e as astreintes que são fixadas em processos judiciais sob sigredo de Justiça.**

⁴⁴ Os casos relatados nos parágrafos 71 e 78 desta Ação incluem risco de responsabilização criminal, assim como outros casos reportados pela imprensa e disponíveis nestes weblinks: <http://idgnow.com.br/internet/2017/04/11/justica-federal-processa-vp-do-facebook-apos-denuncia-do-mpf/> (doc. 29)

<http://www.jfsp.jus.br/20130924-tcmicorsoft/> (Doc. 30)

⁴⁵ Além dos casos relatados nos parágrafos 64 a 89 desta Ação, nos quais houve imposição de multas-dia por juízos monocráticos, destacam-se também outros casos reportados pela imprensa e disponíveis nos seguintes weblinks:

<https://www2.jfrs.jus.br/jfrs-multa-google-em-r-26-milhoes-por-descumprimento-de-decisao-judicial/> (Doc. 31)

<http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,mpf-defende-multa-superior-a-r1-38-mi-para-facebook-no-brasil,70001656255> (Doc. 32)

<http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/27-05-14-2013-apos-pedido-do-mpf-justica-federal-ordena-que-yahoo-quebre-sigilo-de-conta-de-e-mail-suspeita-de-divulgar-pornografia-infantil> (Doc. 33)

<https://olhardigital.com.br/noticia/justica-do-parana-cobra-multa-de-r-2-78-milhoes-do-facebook/70882> (Doc. 34)

150. Nesta passagem, cabe ponderar que **a concessão de medida liminar não será obstativa de nenhuma investigação criminal**, pelas seguintes razões:

- a. Em primeiro lugar, porque muitos provedores estadunidenses divulgam dados cadastrais e registros de acesso diretamente às autoridades judiciárias brasileiras, devido a que tais divulgações não incluem conteúdo de comunicações e não são proibidas pelo SCA. Coincidentemente, o armazenamento e divulgação desses dados são previstos no próprio Marco Civil da Internet, aqui no Brasil.
- b. Em segundo lugar, porque para a obtenção de conteúdo de comunicações basta seguir o devido processo legal em que se traduz a cooperação internacional via MLAT, ou por conduto de carta rogatória.
- c. Em terceiro lugar, porque situações sinalizadoras de violência sexual contra menores estão enquadradas como exceções do SCA, pelo que provedores estabelecidos nos Estados Unidos da América são legalmente obrigados a enviar dados para o *National Center for Missing and Exploited Children* (NCMEC), que, de sua parte, repassa tais dados para as autoridades brasileiras (Doc. nº 25);
- d. Em quarto lugar, porque provedores assim fixados nos Estados Unidos fornecem, com imediatidade ou sem tardança, dados em resposta a requisições emergenciais, se uma pessoa está em perigo iminente de morte ou de lesões corporais graves. Relatórios de transparência⁴⁶, feitos e publicados por esses provedores, confirmam isso. Também assim, notícias em que autoridades públicas obtiveram dados em situações emergenciais, conforme ilustrado abaixo; o uso de tais mecanismos de emergência se fez com sucesso, nos seguintes casos (noticiados pela imprensa brasileira):
 - a) Sequestradores pedem resgate em bitcoins pela primeira vez no Brasil: “(...) as autoridades mencionaram que tanto Facebook como WhatsApp colaboraram

⁴⁶ <https://transparency.yahoo.com/law-enforcement-guidelines/us>
<https://support.twitter.com/articles/41949#14>
<https://www.microsoft.com/en-us/about/corporate-responsibility/lerr>
<https://govtrequests.facebook.com/country/Brazil/>
<https://transparencyreport.google.com/?hl=pt-BR>

muito com a investigação. A vítima foi resgatada e não apresenta ferimentos.”⁴⁷ (Doc. nº 26);

b) Suspeito de comandar jogo da Baleia Azul é preso no Pará com apoio do Facebook: “Após uma operação que envolveu a Polícia Civil do Pará e informações obtidas pelo Facebook, um dos suspeitos de fazer a curadoria do desafio acabou preso.”⁴⁸ (Doc. nº 27).

- e. Em quinto e último lugar, mas não menos importante dos que as demais razões, porque as autoridades policiais também dispõem de alternativas para obtenção de conteúdo de comunicações que sejam mantidos por aplicativos de internet estabelecidos no exterior, dando-se que a mais simples e prática de todas elas está na busca e apreensão de dispositivos⁴⁹ (por exemplo, telefones-celulares) e na extração dos dados de cada terminal eletrônico, diretamente. Medida profusamente utilizada pela Polícia Federal em investigações de grande impacto, tal como noticiado pela imprensa, *litteris*:

“PF usa maleta espiã para invadir celulares em casos que vão de Lava Jato a pedofilia: “(...) No ano passado, a PF, por meio do Instituto Nacional de Criminalística, investiu R\$440 mil na renovação de 25 licenças de uso para uma tecnologia israelense que está ajudando na investigação de crimes que vão da Operação Lava Jato a assassinatos e casos de pedofilia e tem ganhado mais importância conforme as pessoas concentram informações nos telefones celulares.

Trata-se do Ufed (Dispositivo de Extração Forense Universal, em tradução livre da sigla em inglês), uma espécie de ‘maleta espiã’ que reúne um conjunto de hardwares e softwares capazes de invadir celulares e extrair informações como lista de contatos, fotos, áudios, vídeos e histórico de e-mails, navegadores e páginas de busca, além de conversas e informações em aplicativos como WhatsApp e Facebook. Com auxílio do equipamento, a extração dos dados é feita independentemente do uso de senhas e criptografia.

É possível também recuperar dados apagados – incluindo mensagens em aplicativos – e que estejam nas ‘nuvens’ do usuário acessadas a partir do celular, além de todos os registros do GPS e em antenas. As ‘nuvens’ são espaços em servidores compartilhados onde fica armazenada uma série de dados. O equipamento também é utilizado para extrair dados de tablets.

A maleta é capaz de invadir praticamente qualquer celular de qualquer geração: de iPhones da Apple a telefones que usam o sistema operacional Android, do

⁴⁷ <http://adrenaline.uol.com.br/2017/04/29/49459/sequestradores-pedem-resgate-em-bitcoins-pela-primeira-vez-no-brasil/>

⁴⁸ <https://olhardigital.com.br/fique-seguro/noticia/suspeito-de-comandar-jogo-da-baleia-azul-e-preso-no-para-com-apoio-do-facebook/69438>

⁴⁹ Alternativamente, as autoridades podem se valer de agentes infiltrados, testemunhas ou delação premiada, por exemplo.

Google, passando pelo Windows Phone, da Microsoft, e diversas marcas e sistemas operacionais menos conhecidos, a maioria chineses.”⁵⁰ (Doc. nº 28).

X. Os Pedidos

151. Em síntese, eis o que requer a acionante:

I – preliminarmente, seja recebida a presente ADC, atendidos que se encontram os pressupostos do seu cabimento;

II – ainda em caráter preliminar, a concessão de medida cautelar, para o fim de suspensão, com efeitos *erga omnes*, do julgamento ou da eficácia das decisões nos processos em que deduzidas as controvérsias judiciais aqui descritas, até o julgamento de mérito da presente ação;

III – no mérito ou quanto à *questão de fundo*, que se julgue procedente esta ADC, de sorte a se reconhecer a constitucionalidade do Decreto Executivo Federal nº 3.810/2001, assim como do art. 237, II, do Código de Processo civil e dos artigos 780 e 783 do Código de Processo Penal. Garantindo-se, então, a aplicabilidade dos procedimentos de cooperação internacional neles previstos para a obtenção de conteúdo de comunicação privada sob controle de provedores de aplicativos de Internet, estabelecidos no exterior;

IV – subsidiariamente, e em razão do princípio da eventualidade; vale dizer, na hipótese de não-conhecimento desta ADC, que seja recebida esta ação como ação constitucional como **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Isto para o fim de se reconhecer o descumprimento dos preceitos fundamentais da soberania nacional, da territorialidade, da independência igualmente nacional, da não-intervenção, da cooperação internacional para o progresso da humanidade, da livre iniciativa, da isonomia de tratamento jurídico a empresas nacionais e estrangeiras nos pontos aqui versados. Descumprimento, aclare-se, perpetrado por decisões jurisdicionais brasileiras que deixaram de aplicar os procedimentos de cooperação internacional – o MLAT e carta rogatória, especificamente – para a obtenção de dados de comunicação privada sob controle de

⁵⁰ <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/17/pf-usa-maleta-espia-para-invadir-celulares-em-casos-que-vaio-de-lava-jato-a-pedofilia.htm>

provedores de aplicativos de Internet que tenham o exterior como sede. Sendo que, na hipótese de recebimento desta ação como ADPF, que se faça a requisição de informações aos órgãos prolores das decisões que formam a controvérsia judicial;

V – complementarmente, que se notifique a douta Procuradora-Geral da República para a emissão do parecer que a ela compete, assim como: a) a produção de todas as provas em Direito permitidas; b) os pertinentes documentos normativos, em especial os de matriz estrangeira;

152. À derradeira, a acionante: a) pede que todas as intimações e publicações sejam feitas em nome de seus procuradores Adriele Pinheiro Reis Ayres de Britto, OAB/DF 23.490 e Marcelo Montalvão Machado, OAB/DF 34.391, sem o que terão efeito nulo (art. 272, §5º do CPC); b) valora a causa em R\$ 1.000,00 (mil reais), para fins meramente fiscais.

153. Pedidos todos, então, cada qual a seu tempo e modo, aqui formulados, paulatinamente fundamentados e justificadores, ao final, do seu justo e jurídico DEFERIMENTO.

Brasília, 24 de novembro de 2017



Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto
OAB/DF nº 40.040



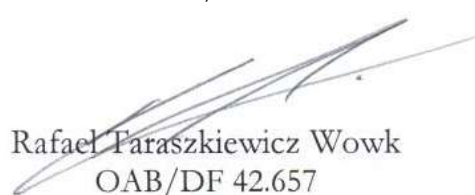
Adriele Pinheiro Reis Ayres de Britto
OAB/DF nº 23.490



Natália Peppi Calvacanti
OAB/DF nº 47.471



Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto
OAB/DF nº 50.476



Rafael Paraszkievicz Wowk
OAB/DF 42.657

Índice dos documentos juntados:

Documento 01	Situação cadastral e Estatuto Social da ASSESPRO.
Documento 02	Procuração ASSESPRO.
Documento 03	Ata de reunião do Conselho de Administração da ASSESPRO.
Documento 04	Parecer Professor Francisco Rezek
Documento 05	BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Inquérito nº 784/DF, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, Brasília, 15/05/2013, DJe de 28/8/2013.
Documento 06	BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.497.041/PR, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, Brasília, 10/03/2016, DJe de 17/03/2016.
Documento 07	BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em <i>Habeas Corpus</i> nº 57.763/PR, Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, Brasília, 01/10/2015, DJe de 15/10/2015.
Documento 08	BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 44.892/SP, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Brasília, 05/04/2016, DJe de 15/04/2016.
Documento 09	BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 46.685/MT, Relator: Ministro Leopoldo De Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Brasília, 26/03/2015, DJ de 06/04/2015.
Documento 10	BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso em Mandado de Segurança nº 46.685/MT, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, 26/03/2015, DJ de 06/04/2015.
Documento 11	BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região), Mandado de Segurança nº 0002854-06.2017.4.01.0000/DF, Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Segunda Seção, Brasília, 07.06.2017, DJe de 20.06.2017.
Documento 12	BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região), Mandado de Segurança nº 11.114 2013.02.01.010585-4, CNJ 0010585-65.2013.4.02.0000, Relator: Desembargador Federal Abel Gomes, 1ª Turma Especializada, Rio de Janeiro, 18/12/2013, DJe de 27/02/2014.
Documento 13	BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região), Agravo de Instrumento nº 0013618-43.2012.404.0000, Oitava Turma, Relator para Acórdão: Victor Luiz Dos Santos Laus, Porto Alegre, DJe de 16/07/2013.
Documento 14	BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Mandado de Segurança nº 0014221-86.2013.8.17.0000, Relatora: Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira, Recife, DJ de 29/08/2014.
Documento 15	BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Mandado de Segurança nº 0014221-86.2013.8.17.0000, Relator para o acórdão: Desembargador Gustavo Augusto Lima, Terceira Câmara Criminal, Recife, 19.08.2014, DJe nº 157 de 29.08.2014.
Documento 16	BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Juízo da Vara Criminal de Palmital/PR, Processo nº 0001994-70.2014.8.16.0125, Palmital/PR, 09/04/2015
Documento 17	BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Mandado de Segurança Crime nº 1.396.365-4, Relator: Desembargador Arquelau

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA E ADVOCACIA

	Araújo Ribas, 3ª Câmara Criminal, Curitiba, DJ de 19.11.2015.
Documento 18	BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região), <i>Habeas Corpus</i> nº 5.934/RN 0001736-52.2015.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Rubens De Mendonça Canuto, Primeira Turma, Recife, 17/12/2015, DJe de 11/01/2016.
Documento 19	BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Mandado de Segurança nº 20160020295498 MSG , Acórdão n.1020417, Relator: Desembargador Romão C. Oliveira, Câmara Criminal, Brasília, 15/05/2017, DJe de 31/05/2017.
Documento 20	BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. <i>Habeas Corpus</i> nº 147.375/RJ, Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Brasília, 22/11/2011, DJe de 19/12/2011.
Documento 21	BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região), Apelação Criminal nº 0051672-79.2010.4.01.3800/MG, Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Terceira Turma, Brasília, 05/07/2016, e-DJF1 de 03/08/2016.
Documento 22	BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região), Apelação Criminal nº 2006.51.01.517532-7, CNJ 0517532-48.2006.4.02.5101, Relator: Desembargador Federal Messod Azulay Neto, Segunda Turma Especializada, Rio de Janeiro, 12/12/2013, DJ de 17/01/2014.
Documento 23	BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região), Apelação Criminal nº 49.059 0007342-12.2009.4.03.6181, Relator: Desembargador Federal André Nekatschalow, Quinta Turma – 1ª, São Paulo, 19/05/2014, e-DJF3 de 26/05/2014
Documento 24	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 8 MC, Relator: Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, Brasília, 13/10/1999, DJ de 04/04/2003.
Documento 25 e 25A	Tradução juramentada pela Sra. Mônica Hruby e originais da declaração pública prestada pelo Sr. Todd M. Hinnen.
Documento 26	Sequestradores pedem resgate em bitcoins pela primeira vez no Brasil. Adrenaline UOL. Disponível em: < http://adrenaline.uol.com.br/2017/04/29/49459/sequestradores-pedem-resgate-em-bitcoins-pela-primeira-vez-no-brasil >. Acesso em 14 de novembro de 2017.
Documento 27	Suspeito de comandar jogo da Baleia Azul é preso no Pará com apoio do Facebook. Olhar Digital. Disponível em: < https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/suspeito-de-comandar-jogo-da-baleia-azul-e-preso-no-para-com-apoio-do-facebook/69438 >. Acesso em 14 de outubro de 2017.
Documento 28	PF usa “maleta espiã” para invadir celulares em casos que vão de Lava Jato a pedofilia. UOL. Disponível em: < https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/17/pf-usa-maleta-espia-para-invadir-celulares-em-casos-que-vaio-de-lava-jato-a-pedofilia.htm >. Acesso em 19 de outubro de 2017.
Documento 29	Justiça Federal processa VP do Facebook após denúncia do MPF. IDGNOW. Disponível em: < http://idgnow.com.br/internet/2017/04/11/justica-federal-processa >

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA E ADVOCACIA

	vp-do-facebook-apos-denuncia-do-mpf>. Acesso em 23 de novembro de 2017.
Documento 30	Instaurado termo circunstanciado contra a MICROSOFT. Sítio da Justiça Federal Seção Judiciária de São Paulo. Disponível em: < http://www.jfsp.jus.br/20130924-tcmicorsoft/ >. Acesso em 23 de novembro de 2017.
Documento 31	JFRS multa Google em R\$ 2,6 milhões por descumprimento de decisão judicial. Portal da Justiça Federal da 4ª Região. Disponível em: < https://www2.jfrs.jus.br/jfrs-multa-google-em-r-26-milhoes-por-descumprimento-de-decisao-judicial/ >. Acesso em 23 de novembro de 2017.
Documento 32	Ministério Público defende correção em multa de R\$ 1,38 mi para Facebook. Estadão. Disponível em: < http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,mpf-defende-multa-superior-a-r1-38-mi-para-facebook-no-brasil,70001656255 >. Acesso em 23 de novembro de 2017.
Documento 33	MPF/SP: Yahoo deve quebrar sigilo de e-mail suspeito de divulgar pornografia infantil. Portal da Procuradoria da República em São Paulo. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/27-05-14-2013-apos-pedido-do-mpf-justica-federal-ordena-que-yahoo-quebre-sigilo-de-conta-de-e-mail-suspeita-de-divulgar-pornografia-infantil >. Acesso em 23 de novembro de 2017.
Documento 34	Justiça do Paraná cobra multa de R\$ 2,78 milhões do Facebook. Olhar Digital. Disponível em: < https://olhardigital.com.br/noticia/justica-do-parana-cobra-multa-de-r-2-78-milhoes-do-facebook/70882 >. Acesso em 23 de novembro de 2017.
Documento 35	BRASIL. Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001. Diário Oficial da União. Dia 3 de maio de 2001, nº 85-E, Seção 1, Páginas 11 e 12.