



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA  
SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA  
DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL  
COORDENAÇÃO-GERAL DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

**PETIÇÃO DIGITALIZADA**

Ofício n. 965/2018/CGRA-DRCI-SNJ-MJ

Brasília, 20 de fevereiro de 2018.

**-URGENTE-**

A Sua Excelência o Senhor  
GILMAR MENDES  
Ministro do Supremo Tribunal Federal  
Praça dos Três Poderes  
Brasília/DF - Cep: 70.175-900

**Assunto: Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal entre Brasil e EUA para fins de afastamento de sigilo telemático. 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 02 de maio de 2001)**

**Referência: ADC 51 STF – Ofício 28725/2017, de 22 de dezembro de 2017**

Senhor Ministro,

1. Fazemos referência ao Ofício 28.725/2017, de 22 de dezembro de 2017, assinado pela Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmen Lucia, pelo qual foram solicitadas informações a este Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública (DRCI/MJ) sobre o alegado na petição inicial apresentada no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 51, em trâmite nesse Egrégio Tribunal, em cumprimento à decisão de 15 de dezembro de 2017, exarada por Vossa Excelência na condição de Ministro Relator do feito.

2. Como se sabe, referida ADC nº 51 trata de Ação Declaratória de Constitucionalidade ajuizada pela FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DAS EMPRESAS DE

ra/iagj

TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO - ASSESPRO NACIONAL, 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), que versam, em seu conjunto, das relações jurisdicionais do Brasil com autoridades estrangeiras.

**DAS FUNÇÕES EXERCIDAS PELO DRCI/MJ NA CONDIÇÃO DE AUTORIDADE CENTRAL e PERTINÊNCIA COM O OBJETO DA ADC nº 51**

3. De fato, a decisão prolatada no sentido de consultar este DRCI/MJ acerca dos fatos é acertada e relevante, uma vez que este é o órgão que centraliza no Brasil todas as solicitações de assistência jurídica em matéria penal realizadas por autoridades competentes brasileiras e encaminhadas aos Estados Unidos da América (e também aquelas recebidas daquele país para serem cumpridas no Brasil). Referidas solicitações, em regra, encontram-se regidas e são tramitadas por este Departamento justamente com base nos termos do 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 02 de maio de 2001), denominado também como *Mutual Legal Assistance Treaty* – “MLAT”, norma convencional objeto da presente ADC nº 51.

4. De fato, o aludido acordo bilateral entre Brasil e EUA estabelece, em seu Artigo 2º, o Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP (à época da promulgação do Decreto, apenas Ministério da Justiça) como Autoridade Central brasileira para os pedidos de cooperação jurídica em matéria penal entre os dois países.

5. Dentro da estrutura do MJSP, cumpre ao DRCI/MJ exercer a função de articulação com outros órgãos nacionais e de Autoridade Central brasileira para tramitar pedidos de cooperação jurídica internacional, bem como instruir e coordenar sua execução, consoante os termos do art. 12, IV do Decreto nº. 9.150, de 04 de setembro de 2017:

*Art. 12. Ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional compete:*

*I - ...*

II - ...

*III - estruturar, implementar e monitorar ações de governo, além de promover a articulação dos órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário e do Ministério Público nas seguintes áreas:*

*a) cooperação jurídica internacional em matéria civil e penal, inclusive em assuntos de prestação internacional de alimentos, subtração internacional de crianças, adoção internacional, extradição, transferência de pessoas condenadas e transferência da execução da pena;*

*b) recuperação de ativos;*

*IV - exercer a função de autoridade central, por meio da coordenação e da instrução de pedidos ativos e passivos de cooperação jurídica internacional nas áreas a que se refere o inciso III, por delegação do Ministro de Estado, exceto se houver designação específica que disponha de maneira diversa;*

6. Desta forma, uma vez que a utilização do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América é objeto de atuação prática diária deste Departamento, vimos por meio deste fazer algumas considerações perante Vossa Excelência a fim de esclarecer alguns pontos relacionados à cooperação jurídica internacional em matéria penal, em especial nos casos de quebra de sigilo e obtenção de dados telemáticos no exterior, que é a matéria afeta à ADC nº 51.

7. Na qualidade de Autoridade Central para o referido acordo bilateral, o DRCI/MJ gerencia o envio e o recebimento de pedidos de cooperação jurídica internacional, adequando-os e os remetendo às respectivas autoridades nacionais e estrangeiras competentes. Outrossim, no Brasil, a Autoridade Central examina os pedidos de cooperação ativos e passivos, sugerindo adequações e exercendo juízo de admissibilidade administrativo, com vistas a acelerar e melhorar a qualidade dos resultados da cooperação.

8. Em regra, os pedidos ativos de cooperação jurídica, tramitados por intermédio do DRCI/MJ, são elaborados por Juízes Federais e Estaduais, Procuradores da República e Promotores de Justiça e Delegados de Polícia Federal e das Polícias Cíveis, que atuem na seara criminal. Assim, observamos que o tema repercute em inquéritos policiais, investigações e processos judiciais em trâmite nas Polícias, Ministérios Públicos e órgãos da Justiça Federal e Estaduais do país. Ademais, são tramitados também solicitações jurídicas internacionais de interesse da defesa de investigados e réus de processos penais.

9. A Autoridade Central adquire, por consequência, a atribuição de coordenar a execução da cooperação jurídica internacional realizada por seu país, inclusive para buscar junto à comunidade internacional melhorias no sistema de cooperação jurídica entre os Estados. É

comum às Autoridades Centrais a preocupação de realizar a cooperação de maneira célere e efetiva. Nesse sentido, cabe à Autoridade Central, por exemplo, evitar falhar na comunicação internacional e o seguimento de pedidos em desacordo com os pressupostos processuais gerais e específicos aplicáveis ao caso, bem como a eventual adoção de mecanismo de cooperação inadequado à situação específica.

10. A Autoridade Central é organismo de extrema relevância para a cooperação jurídica internacional, prevista nos acordos internacionais como órgão legitimado a transmitir os pedidos de cooperação em nome do Estado requerente para o Estado requerido. A tramitação da documentação, quando feita regularmente entre as autoridades centrais, confere legalidade e autenticidade, evitando a necessidade de consularização ou quaisquer outros mecanismos de validação de documentos. Quando tramitada entre as autoridades centrais previstas nos acordos internacionais, as informações e documentos restituídos pelo país requerido, em resposta a um pedido de cooperação jurídica, podem ser utilizados como elementos de prova legítimos em investigações criminais e processos penais.

11. Merece especial destaque o fato de que, nos termos do Artigo 84 da Constituição Federal, incumbe privativamente ao Presidente da República, portanto ao Poder Executivo, manter relações com Estados estrangeiros e celebrar tratados, convenções e atos internacionais. Assim, a atribuição da Autoridade Central ao Ministério da Justiça e Segurança Pública se alinha plenamente ao texto constitucional.

12. Nesse contexto, conforme preceituado nos acordos internacionais que regem o tema, no Brasil o DRCI/MJ mantém contato direto diário (24/7) com as autoridades centrais homólogas estrangeiras, exercendo parcela das relações internacionais no campo da cooperação jurídica internacional, representando o Estado brasileiro perante os órgãos estrangeiros homólogos.

13. Para evitar impropriedades administrativas e jurídicas, vem sendo implementado em nível mundial o sistema de cooperação jurídica internacional por meio de Autoridades Centrais unificadas. A utilização de Autoridades Centrais unificadas tem por objetivo evitar a multiplicação desnecessária da representação estatal nessa seara. Os sistemas de comunicação por via diplomática (múltiplos) e de comunicação por autoridade transmissora e autoridade recebedora (descentralizadas) vêm paulatinamente cedendo espaço à instituição de um órgão único, capaz de se comunicar diretamente com seu homólogo estrangeiro.

14. Este modelo originou-se já na Convenção da Haia de Comunicação de Atos Processuais, de 1965. Segundo McClean, J.D., na obra *International Cooperation in Civil and Criminal Matters: "The main innovation of the 1965 Convention was the creation of a system of Central Authorities. Each Contracting State must designate such a Central Authority to receive requests for service from other Contracting States. The expectation borne out of practice was that this would involve not the creation of some new agency but the designation as Central Authority of one of some existing office or Ministry"*.

15. As vantagens mais evidentes na comunicação internacional perpetrada por esse mecanismo são a celeridade (apenas dois órgãos na comunicação), a facilidade na identificação da contraparte (apenas um órgão de representação estatal), o conhecimento das rotinas e procedimentos necessários e a expertise desenvolvida no tema, o que traz conseqüentemente maior efetividade à execução dos pedidos de cooperação jurídica. Em relação aos EUA, Autoridade Central desse país, homóloga do DRCI/MJ, é o *Office of International Affairs of Department of Justice (DoJ/OIA)*.

16. De fato, dentro das vantagens do trabalho exercido pela Autoridade Central, tendo em vista ser o órgão centralizador dos pedidos de assistência que as autoridades nacionais realizam, a atuação do DRCI/MJ permite estabelecer estatísticas confiáveis sobre dados de cooperação jurídica internacional. É possível compreender as medidas de cooperação jurídica que acarretam resultados positivos ou negativos, com possibilidades de realizar levantamentos considerando diversos critérios.

17. Assim, pode-se obter informações relevantes, seja por país envolvido, por acordo internacional utilizado, por diligências solicitadas, ou ainda mensurar os prazos médios com os quais os países costumam responder às demandas, as razões pelas quais determinados tipos de pedidos não são atendidos etc. Com tais dados, é possível então compreender de maneira empírica o perfil da cooperação jurídica e o diagnóstico para situações que não geram resultados satisfatórios, sempre voltados à efetividade e celeridade na execução dos pedidos.

18. Utilizando-se desse conhecimento técnico aprofundado da Autoridade Central sobre o assunto, o DRCI/MJ figura como facilitador da cooperação jurídica internacional perante as autoridades e órgãos nacionais interessados. Isso supre dificuldade intrínseca em se conhecer, por exemplo, a forma de envio dos pedidos, as formalidades necessárias, o idioma aceito, a

autoridade estrangeira competente, algum detalhe sobre legislação estrangeira, dentre outras informações, que não fazem parte da rotina diária de trabalho dos diversos órgãos federais e estaduais competentes que conduzem inquéritos e processos pelo Brasil.

19. Considerando este âmbito de atuação do DRCI/MJ, voltando-se exclusivamente para os fatos de relevância que merecem ser esclarecidos para colaborar com a melhor decisão judicial a ser exarada pelo STF na ADC nº 51, iremos trazer, mais adiante, informações específicas e objetivas sobre a cooperação jurídica internacional travada entre o Brasil e os EUA, no que tange à obtenção de diligências de quebra de sigilo telemático e obtenção de dados telemáticos naquele país.

20. Antes, porém, convém acrescentar aspectos sobre a relevância prática deste tema no combate à criminalidade, problema que assola a sociedade brasileira e gera reiteradas crises relacionadas à segurança pública; bem como é um assunto atualmente muito discutido na comunidade internacional.

### **PROBLEMÁTICA DO TEMA EM RELAÇÃO ÀS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS E AO COMBATE EFICIENTE À CRIMINALIDADE**

21. A questão que é objeto da ADC nº 51 perpassa sobre aspectos que reforçam a necessidade da existência de mecanismos eficientes destinados ao controle da utilização e dos recursos oferecido pela internet e pelos sistemas de computação. Obviamente, esses mecanismos devem existir não apenas e exclusivamente para o combate aos crimes cometidos em ambientes virtuais, sejam eles crimes informáticos impróprios<sup>1</sup> ou propriamente ditos<sup>2</sup>, mas também para

<sup>1</sup> Os crimes informáticos impróprios ou impuros, resumidamente, são aqueles nos quais a função do computador restringe-se a mero instrumento para lesão de bens jurídicos não computacionais. Este tipo de delito é normalmente amparado pelo Direito Penal tradicional, exigindo apenas, em alguns casos, pequenas adaptações na legislação. Na verdade, nesses crimes, os sistemas de computador ou mesmo a internet consistem apenas no meio utilizado para o crime, representando o ambiente no qual o criminoso atua para a prática delituosa.

No ordenamento pátrio, podemos citar como exemplos o crime de calúnia (art. 138, CP), difamação (art. 139, CP) e injúria (art. 140, CP), cometidos, por exemplo, pelo envio de *e-mails* ou por publicações ou comentários em redes sociais; o crime de pedofilia (art. 241 da Lei nº 8.069/1990), mediante a exposição de fotos de crianças através de uma *webpage* ou por meio de mensagens compartilhadas; e o crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006) ou contrabando (art. 334, CP), ao vender substâncias proibidas em *sites* clandestinos ou dissimulados de comércio eletrônico e leilões.

<sup>2</sup> Por sua vez, os crimes informáticos próprios ou puros ou propriamente ditos são aqueles perpetrados contra os dados, programas e sistemas computacionais ou ainda aqueles que possam afetar a estrutura física de computadores. Esta espécie de crime exige, no mais das vezes, a adição de novas figuras penais, especialmente em relação às ofensas contra dados e programas.

situações relacionadas a investigações de crimes comuns para cuja elucidação a obtenção de dados e monitoramento telemático seja fundamental

22. De fato, conforme demonstram diversos casos de investigações criminais, a rede mundial de computadores não é usada propriamente como ambiente no qual ocorre a prática delitiva em si, mas sim para a sua facilitação, mediante execução de atos preparatórios ou pela comunicação entre delinquentes que necessitam de um meio de troca de informações – seguro e discreto – para a consecução de seus objetivos ilícitos.

23. Especialmente naqueles delitos que são praticados por mais de um agente, como os que envolvem a formação de uma associação criminosa<sup>3</sup> ou mesmo uma organização criminosa<sup>4</sup>, o **ambiente virtual é constantemente utilizado não para a prática criminosa propriamente dita, mas para a comunicação entre os criminosos**, justamente em virtude da **crença de que o conteúdo de suas conversas em âmbito virtual estaria fora do alcance das autoridades responsáveis pela investigação dos crimes**.

24. No Brasil, a experiência em investigações criminais e em atividades de inteligência policial revela que os grupos criminosos – diante da percepção de que a comunicação e troca de informações para fins ilícitos, quando realizadas por meio de conversas telefônicas, podem ser rastreadas com certa facilidade – adotam a postura de utilizar os meios telemáticos, sobretudo e-mails, chats, redes sociais, e mais recentemente, aplicativos instalados em aparelhos celulares, para comunicação entre os agentes criminosos.

---

Alguns exemplos técnicos podem ser citados como: o desvio de DNS (“*Domain Name System*”), fraudes eletrônicas, apropriação de senhas ou outras informações confidenciais por *phishing*<sup>2</sup> e sabotagem eletrônica através de vírus, todos sendo exemplos técnicos de condutas antijurídicas praticadas em ambiente virtual contra sistemas computacionais. Nessa modalidade de crime, percebe-se que o uso de meios ou ferramentas de informática não é uma simples opção do criminoso, mas sim é a própria essência para a prática deste tipo de delito, não havendo outra forma de consumá-lo senão por intermédio do uso de computadores, *tablets*, *smartphones* ou outros aparelhos tecnológicos que permitam acesso ao mundo virtual.

<sup>3</sup> Atualmente, o *nomen jûris* desse delito foi recentemente alterado de “quadrilha ou bando” para “Associação Criminosa” e está previsto no art. 288, do Código Penal, nos seguintes termos:

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:  
Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

<sup>4</sup> O conceito de Organização Criminosa no Brasil encontra-se atualmente previsto no art. 1º, § 1º da recente Lei nº 12.850/2013, que prescreve: “*Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*”

25. Tal realidade é ainda mais enfatizada pelas frequentes e sofisticadas inovações tecnológicas que vêm sendo colocadas à disposição do mercado consumidor, especialmente, por exemplo, com o incremento digital dos aparelhos denominados de *smartphones* e assemelhados, que contêm dispositivos e aplicativos com diversas funcionalidades de transmissão de mensagens em texto, voz e imagens, e são utilizados como uma mescla entre serviços telefônicos e telemáticos.

26. Não é difícil perceber que os serviços disponibilizados em celulares desse tipo e vinculados a uma rede de internet acessível em determinado lugar (do tipo 3G, 4G ou wifi) – tais como o *whatsapp*, o *viber*, o *messenger*, o *skype*, o *telegram* e correlacionados, como o serviço BBM da *Blackberry* e outros – são hodiernamente ambientes de comunicação intensa entre grupos de pessoas<sup>5</sup>.

27. Se de um lado tais programas trazem um enorme benefício e facilidades à população, de outro também consistem em ferramentas utilizadas para a comunicação e agilização de práticas criminosas, servindo como notório canal potencializador para o sucesso de atividades ilícitas de grupos criminosos.

28. Logo, a evolução tecnológica disponibilizada à sociedade não pode vir desacompanhada de mecanismos operacionais de controle adequados e compatíveis que permitam – caso seja necessário e dentro dos limites legais – a obtenção de dados e o monitoramento das comunicações de pessoas que se utilizam de tal mecanismo para a prática delitiva, dentro das hipóteses que a lei autorizar.

29. Assim, o que se espera é que, ao mesmo tempo em que as diversidades tecnológicas são colocadas no mercado pelas empresas, os respectivos mecanismos de monitoramento de comunicações e rastreamento de aparelhos também devem ser disponibilizados aos órgãos estatais competentes que atuam em investigações criminais e processos penais, especialmente o Poder Judiciário, os Ministérios Públicos e as Polícias Judiciárias – que deverão utilizá-los de acordo com os parâmetros constitucionais e legais que excepcionam o direito à intimidade e privacidade das pessoas.

---

<sup>5</sup> Obviamente, aliada às inovações tecnológicas dos celulares, não é demais reforçar também a continuidade da evolução tecnológica e utilização de aparelhos do tipo *notebook* e dos *IPad's* com o mesmo propósito criminoso.



30. A lógica é que todo e qualquer serviço de comunicação colocado à disposição da população deve conter uma tecnologia correspondente que permita monitorar sua utilização dentro das hipóteses previstas na Lei. Essa **lógica não representa uma interferência indevida do Estado na economia ou da intimidade dos consumidores**, pelo contrário, está em perfeita consonância com a previsão constitucional de atuação do Estado na economia na qualidade de agente normativo e regulador previsto no art. 174 da Constituição Federal em vigor e demais princípios da ordem econômica.

31. Nesse contexto, observa-se que no Brasil, por exemplo, os provedores de e-mails situados no país – em regra identificados sob o domínio “.com.br”, tais como “terra.com.br”, “yahoo.com.br”, “bol.com.br”, “uol.com.br” – são mantidos por empresas brasileiras constituídas no país e que estão sujeitas às leis brasileiras.

32. Em relação a essas companhias provedoras situadas no Brasil, a realidade observada na atuação em inquéritos policiais e investigações criminais demonstra que – após atendimento dos requisitos legais e a devida autorização judicial prevista em Lei – as autoridades competentes podem conseguir junto aos respectivos provedores nacionais, com menores dificuldades jurídicas, os dados de usuários de e-mails, bem como conteúdo de caixas de e-mails, contatos, mensagens e até mesmo interceptações online do conteúdo de determinado e-mail, perfil ou login. Para tanto, no âmbito de uma investigação criminal, por exemplo, o Delegado de Polícia que preside o inquérito policial pode elaborar uma representação ao Juízo competente brasileiro, demonstrando a necessidade da quebra do sigilo telemático e os requisitos legais para seu deferimento.

33. Já, com relação aos provedores de e-mails, redes sociais e aplicativos sediados fora do Brasil<sup>6</sup>, as autoridades brasileiras detêm maior dificuldade em obter dentro de um prazo adequado tais informações necessárias à elucidação dos fatos e ao combate ao crime, mesmo quando utilizados no Brasil e por brasileiros.

34. Tal dificuldade decorre, em muitos casos, da imposição de exigência de um procedimento formal diverso, não se levando em conta se a eventual utilização indevida ocorreu em território nacional. Assim, exige-se que as autoridades competentes brasileiras (Delegados, membros do Ministério Público e Juízes) utilizem mecanismos de cooperação jurídica

<sup>6</sup> Apesar da possibilidade de fácil transferência de lugares, a grande maioria dos provedores de e-mails e redes sociais do mundo estão situados em território dos Estados Unidos da América.

8

internacional, baseados em Acordos Internacionais e mediante trâmite de pedidos de assistência jurídica internacional realizados entre as Autoridades Centrais dos países, destinados aos países que são sede de companhias provedoras de serviços de internet, e-mails, redes sociais ou aplicativos de celulares.

35. Obviamente, todo o processo que envolve a elaboração, tradução e tramitação, até o eventual cumprimento de um pedido de cooperação jurídica por autoridades competentes de países estrangeiros, muitas vezes não ocorre na velocidade desejada e compatível com a necessidade dos órgãos de investigação. De fato, com relação a diligências telemáticas solicitadas ao exterior, as informações advindas dos outros países podem chegar fora do prazo razoável para seu conhecimento quando muitas vezes não há mais utilidade.

36. Ademais, conforme será aprofundado mais adiante, mesmo quando respondidos pelos países requeridos, dentre os quais se destacam os Estados Unidos da América, observa-se que os pedidos de cooperação jurídica internacional que envolvem solicitações de diligências telemáticas ainda possuem índice de cumprimento abaixo do razoável, em que pesem os esforços e o aumento da efetividade nos últimos anos.

37. O fato é que, cientes dessas dificuldades em serem rastreados com eficiência pelo aparato estatal, a realidade demonstra que diversos integrantes de grupos criminosos passam a utilizar serviços de internet cujas empresas provedoras se encontram no exterior, pois sabem que agindo dessa forma possuem maiores chances de não serem monitorados e identificados em tempo oportuno.

38. Assim, em diversas investigações da Polícia Federal realizadas em passado recente<sup>7</sup>, constatou-se que muitos criminosos, a fim de se comunicarem dissimuladamente, utilizavam-se propositadamente de e-mails cujas empresas estão sediadas nos Estados Unidos da América.

39. Com relação a e-mails, os mais evidentes exemplos podem ser retirados dentre os maiores provedores de e-mails do mundo.

---

<sup>7</sup> Vide, dentre inúmeros casos, por exemplo, os registros das denominadas Operações Paraíso Fiscal, Estrada Real, Lava Rápido, todas da Delegacia de Repressão a Corrupção e Crimes Financeiros da Superintendência da Polícia Federal em São Paulo.

40. De fato, algumas dessas grandes companhias provedoras de serviços de internet possuem empresas no mesmo grupo econômico estabelecidas no Brasil – algumas delas representadas pela Federação na presente ação – as quais estão constituídas sob leis brasileiras e possuem como sócias majoritárias, com grande parcela do capital social, justamente diversas empresas estrangeiras, provedoras de tais serviços.

41. Reforçando essa dificuldade de obtenção de quebras de sigilo telemático, ressalta-se que, mesmo nesses casos, algumas dessas empresas brasileiras, apesar de sediadas no Brasil e constituídas sob as leis brasileiras, quando instadas pelas autoridades brasileiras, alegam que não têm condições de fornecer dados cadastrais ou conteúdo de e-mails, pois o servidor dos serviços telemáticos pertence à empresa sócia estrangeira sediada nos EUA e somente por esta podem ser disponibilizados.

42. Agindo desta maneira, por vezes, algumas empresas brasileiras “fecham as portas” para as autoridades nacionais, obrigando-as a se socorrer do mencionado procedimento de cooperação jurídica internacional, que, apesar de disponível, podem não atender às demandas de tempo e de conveniência das autoridades brasileiras para essa finalidade, em virtude da urgência que este tipo de demanda geralmente precisa ser obtida.

43. As considerações acima são apenas sucintos exemplos práticos trazidos para ressaltar a **necessidade da existência de mecanismos adequados de regulação e controle sobre esse relevante ramo do mercado econômico**, qual seja, o das comunicações, que permitam o fornecimento de dados, conteúdo, interceptação ou qualquer outra diligência telemática para as autoridades competentes que presidem investigações e processos criminais, viabilizando o combate mais eficiente ao crime organizado, sem que haja desrespeito à ordem jurídica ou qualquer violação ao direito de intimidade.

**MEDIDAS PARA A OBTENÇÃO DE PROVAS TELEMÁTICAS NO BRASIL OU NO EXTERIOR (COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E OUTRAS FORMAS DE OBTENÇÃO DIRETA)**

44. Conforme já mencionado, para fins de auxílio às investigações e combate à criminalidade, se a empresa estrangeira detentora das informações telemáticas estiver localizada

g.

fora do território nacional<sup>8</sup>, as autoridades brasileiras competentes que conduzem inquéritos policiais e processos criminais possuem alguns canais para obter informações ou elementos de prova relacionados a serviços prestados por intermédio da rede mundial de computadores.

45. Inicialmente, a depender da política de confidencialidade adotada pelas empresas provedoras de serviços de internet sediadas nos Estados Unidos da América, **um primeiro canal disponível é a possibilidade de solicitar informações telemáticas diretamente às próprias empresas**, em regra, por intermédio de contatos e de formulários disponibilizados via *web* a instituições governamentais e autoridades responsáveis pela aplicação da lei penal (*law enforcement agencies*) nos diversos países.

46. Nesses casos, não há qualquer participação do Governo ou de autoridades norte-americanas, havendo uma solicitação e uma resposta feita diretamente entre autoridade brasileira e a própria companhia provedora sediada nos EUA, que pode receber demandas semelhantes de quaisquer outros países do mundo.

47. De fato, podemos tomar como exemplo o Facebook, que fornece diretrizes operacionais para obtenção de informações telemáticas de seus usuários pelo link *www.facebook.com/records* apenas para autoridades públicas legitimadas e somente em casos específicos, como solicitações de preservação das informações do perfil, casos que envolvam segurança infantil, solicitações em casos de emergência, denominados de *Emergencial Disclosure Requests - EDR*<sup>9</sup>, dentre outras situações, com requisitos variados.

48. A vantagem dessas solicitações feitas diretamente à própria empresa provedora estrangeira, quando admitidas, está na possível celeridade das informações prestadas. Entretanto, a autoridade pública requerente fica dependente da política adotada por cada uma das empresas, não havendo um padrão único sobre o que se pode solicitar e em quais situações se pode solicitar informações sobre logs, IP's, conteúdo de mensagens ou de perfis.

<sup>8</sup> Obviamente, se a empresa provedora do serviço telemático for constituída sob leis brasileiras e estiver sediada no Brasil, não há que se falar em cooperação internacional, pois a informação ou elemento de prova pode ser requisitado diretamente à empresa nacional, seguindo integralmente a legislação pátria sobre quebra de sigilo telemático.

<sup>9</sup> Não há uniformidade ou padronização exata sobre quais casos podem ensejar solicitações feitas sob o fundamento de *Emergencial Disclosure Requests - EDR*, pois tal denominação fica a cargo de cada empresa provedora de internet nos EUA, não havendo ingerência direta de autoridades dos EUA na regulação do assunto. Entretanto, há certo consenso que dentre as situações de emergência estão os casos que envolvam perigo à vida e risco à segurança infantil.

49. Como **segundo canal disponível** para as autoridades competentes, encontra-se a possibilidade de requisição de informações sobre serviços telemáticos diretamente às empresas brasileiras subsidiárias de empresas estrangeiras, quando constituídas sob as leis brasileiras e sediadas no Brasil.

50. Em que pesem as discussões jurisprudenciais existentes e que podem redundar em decisões judiciais antagônicas ou desarrazoadas, até mesmo por conta de se tratar de matéria incorporada na realidade social e no direito recentemente, merece destaque o novo regramento trazido pela recente Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, denominada de lei do Marco Civil da Internet.

51. Acerca do tema ora abordado, a referida lei trouxe previsão específica para essa situação, nos termos do seu art. 11, transcrito abaixo:

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

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

*§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.*

52. Conforme pode-se verificar no § 2º combinado com o *caput* do art. 11, há previsão expressa para que empresas com estabelecimento no Brasil – quando integrantes de grupo econômico de pessoa jurídica provedora de internet sediada no exterior – devem se submeter à legislação brasileira, no que tange a qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional.

53. Ademais, como em regra as autoridades brasileiras competentes – durante as investigações e no decorrer de processos penais – necessitam obter informações telemáticas de pessoas relacionadas a crimes já praticados ou que ainda estão sendo cometidos no Brasil, é possível afirmar que ao menos um dos terminais esteja localizado no Brasil, conforme exigido pelo § 1º do referido artigo.

54. Portanto, em que pesem posicionamentos diversos<sup>10</sup>, o novo Marco Civil da Internet pode servir como base legal para justificar a obrigação de atendimento de requisições feitas por autoridades públicas diretamente por parte de empresas brasileiras filiais ou subsidiárias de empresas estrangeiras provedoras de internet.

55. Em um mundo virtual, é de se questionar se não é um contrassenso estabelecer *territorialidade* em relação ao armazenamento de dados (armazenamento físico), uma vez que, na essência, tais dados se encontram disponível virtualmente de forma mais ampla.

56. Assim, abre-se entendimento jurídico no sentido de que o procedimento de solicitação direta das informações às respectivas empresas integrantes do grupo econômico estrangeiro e sediadas no Brasil dispense, sob a ótica da lei brasileira, a necessidade de que seja elaborado e remetido um pedido de cooperação jurídica internacional ao país sede da empresa provedora, via MLAT, sendo um mecanismo legal paralelo e alternativo previsto em Lei.

57. Ressalta-se que tal procedimento não vem excluir necessariamente a aplicabilidade do MLAT, mas pode ser adotado, em virtude da referida previsão legal e tendo em vista que as possibilidades procedimentais de cooperação neste âmbito não são necessariamente únicas, conforme se verá adiante.

58. A parte autora trouxe informações em sua inicial no sentido de que tal procedimento de atendimento direto às respectivas empresas integrantes do grupo econômico estrangeiro é passível de ser adotado, apenas em relação aos dados cadastrais (*subscriber information*) e registros de acesso – informações denominadas de “metadados”, uma vez que tais informações não consistem em conteúdo de comunicações e seu fornecimento direto não seria proibido pela Lei dos EUA (“U.S. Code Chapter 121 - STORED WIRE AND ELECTRONIC COMMUNICATIONS AND TRANSACTIONAL RECORDS ACCESS)<sup>11</sup> ou “Stored Communication Act”. Entretanto, como tal mecanismo de obtenção direta de dados não é feito por meio da cooperação jurídica internacional, este DRCI/MJ não tem conhecimento preciso sobre se ou como tais requisições vem sendo atendidas pelas empresas. Assim, caso se entenda conveniente, é de se ponderar consulta formal aos órgãos investigativos e de persecução – como Polícias Judiciárias e Ministérios Públicos (por exemplo, na PF há setor especializado,

<sup>10</sup>FONTE: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-30/marco-civil-internet-poe-fim-lacunas-existent-legislacao>

<sup>11</sup> Link <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-1/chapter-121>

podendo ser consultado o Serviço de Repressão a Crimes Cibernéticos – SRCC) – para verificar se esse atendimento específico em relação aos denominados “metadados” vem ocorrendo na prática com eficiência.

59. De qualquer forma, ainda resta a discussão jurídica acerca da utilização dessa forma direta de obtenção de informações em relação às quebras de sigilo telemático propriamente ditos, ou seja, em relação ao **“conteúdo da comunicação”**, que são informações frequentemente fundamentais para a elucidação de determinado delito. Ressalta-se que as discussões travadas na presente ADC nº 51 tem pertinência total com este mecanismo de obtenção de dados, sendo justamente uma das razões deste pleito.


60. De qualquer forma, mesmo nesses casos ou em qualquer outro em que exista a necessidade de se obter informações telemáticas no exterior para fins de servir como elemento de prova em investigação ou processo penal brasileiro, é possível que as autoridades brasileiras solicitem tais diligências por intermédio de um pedido de cooperação jurídica internacional, via Autoridades Centrais, que deve seguir procedimento específico e formal, com base em acordos internacionais de combate à criminalidade ou acordos sobre assistência jurídica internacional firmados, ratificados e em vigor no Brasil<sup>12</sup>. Com os EUA, tal procedimento é feito via MLAT, sendo este um **terceiro canal disponível** para as autoridades competentes brasileiras.

61. Em que pese a cooperação jurídica internacional em matéria penal constituir assunto relativamente recente, pode-se afirmar que atualmente tal ferramenta jurídica de obtenção de elementos de prova no exterior encontra-se suficientemente estabelecida no Brasil e em constante progresso.

62. De fato, já existe base jurídica considerável para amparar a tramitação dos respectivos pedidos a países estrangeiros, com a vigência de diversos acordos multilaterais e bilaterais sobre o tema<sup>13</sup>. Ademais, conforme já abordado, na estrutura administrativa brasileira,

---

<sup>12</sup> No que tange especificamente ao tema de obtenção de medidas de quebra de sigilo telemático no exterior, o instrumento legal internacional mais utilizado é 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 02 de maio de 2001), em razão de que a grande maioria dos provedores de serviços de internet mais utilizados situa-se nos EUA.

<sup>13</sup> Hoje, no Brasil, já existem em vigor acordos multilaterais que contemplam a assistência jurídica internacional no âmbito de diversos foros internacionais: Organização das Nações Unidas (ONU), Organizações dos Estados Americanos (OEA), Mercosul, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Além disso, o Brasil possui acordos bilaterais sobre assistência jurídica internacional em matéria penal em vigor com 20 países: 

também se encontra estabelecido o órgão que atua como Autoridade Central para a análise e tramitação dos pedidos de cooperação jurídica em matéria criminal, representado pelo DRCI/MJ<sup>14</sup> do Ministério da Justiça e Segurança Pública, salvo eventual designação diversa específica. Além disso, os órgãos investigativos e de persecução estão se estruturando cada vez mais nesta área para fazer frente a esta realidade no combate ao crime, obviamente quando tal via se mostre necessária.

### **DO DIAGNÓSTICO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL COM OS EUA PARA A QUEBRA DE SIGILO E OBTENÇÃO DE DADOS TELEMÁTICOS**

63. Como se percebe, os pedidos de cooperação jurídica internacional elaborados em matéria penal, direcionados aos mais variados países, podem versar sobre as mais diversas diligências, tais como citações, notificações, interrogatórios de investigados ou réus, oitivas de testemunhas, acesso a informações bancárias, telemáticas, telefônicas, transferência de processos, medidas de busca e apreensão e até mesmo bloqueio de ativos no exterior,

64. Nesse diapasão, voltando-se exclusivamente para os fatos de relevância que merecem ser esclarecidos para colaborar com a melhor decisão judicial a ser exarada pelo STF na ADC nº 51, este DRCI/MJ entende importante trazer informações específicas e objetivas sobre a cooperação jurídica internacional travada entre o Brasil e os EUA, no que tange à obtenção de diligências de quebra de sigilo telemático e obtenção de dados telemáticos naquele país.

65. Note-se, portanto, que as informações abaixo trazidas foram detalhadamente obtidas realizando-se dois tipos de cortes e filtros nos casos de cooperação jurídica existentes: o primeiro deles é pelo país requerido, pois somente os pedidos ativos destinados aos EUA interessam ao presente feito; o segundo é pelo tipo de diligência, pois somente os casos em que foram requeridas quebra de sigilo e obtenção de dados telemáticos são importantes para servir como parâmetro para esta ADC.

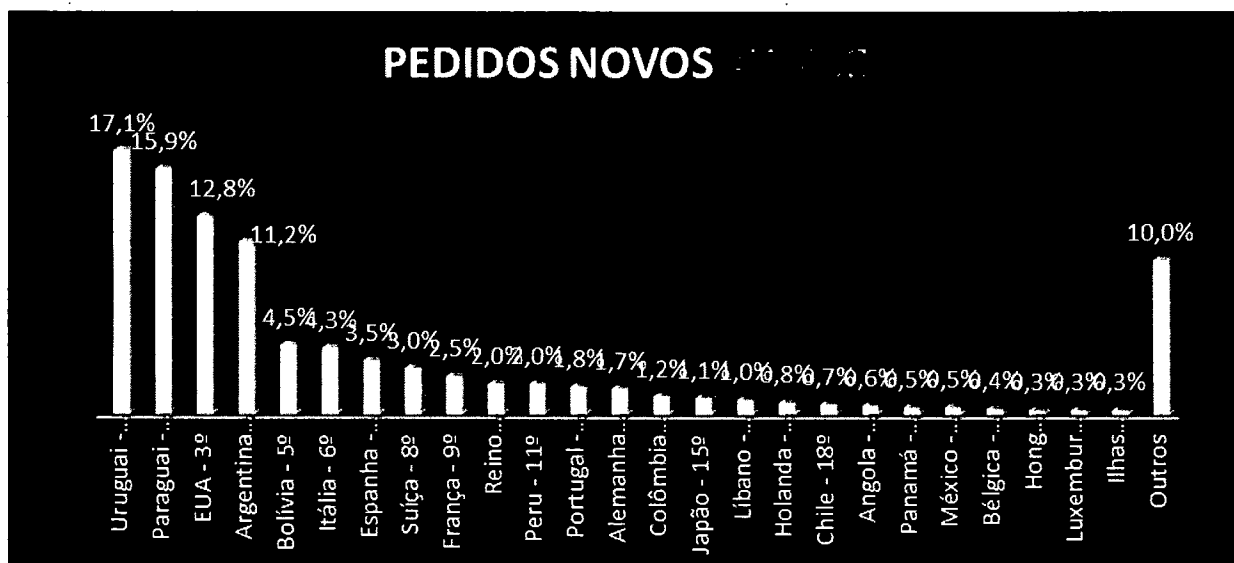
---

Bélgica, Canadá, China, Colômbia, Coreia do Sul, Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Honduras, Itália, México, Nigéria, Panamá, Peru, Reino Unido, Suíça, Suriname, Turquia e Ucrânia.

<sup>14</sup> O DRCI disponibiliza às autoridades interessadas modelo de “formulário de pedidos de assistência jurídica internacional em matéria penal” que orienta os procedimentos de elaboração das referidas solicitações. Ademais, há também Manual de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal e Recuperação de Ativos, disponíveis no site <http://www.justica.gov.br/sua-protECAo/cooperacao-internacional>



66. Inicialmente, considerando-se todas diligências, cumpre ressaltar que os EUA são um dos principais parceiros do Brasil em cooperação jurídica internacional em matéria penal. Durante o ano de 2017, foi **3º país mais demandado** pelo Brasil (com cerca de 12% dos pedidos totais), conforme gráfico abaixo.

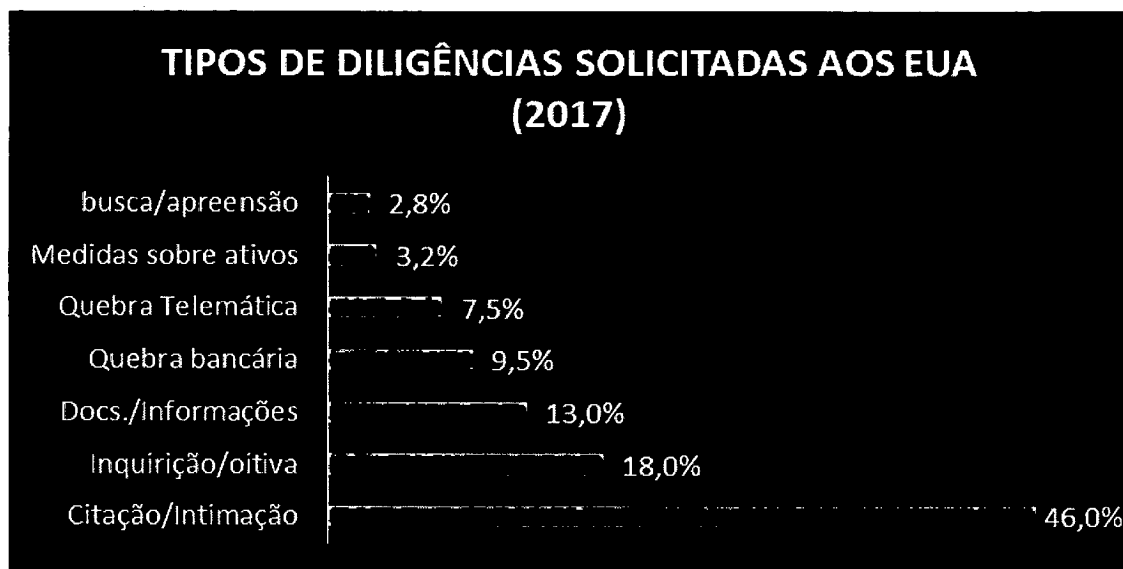


67. De todos os pedidos encaminhados aos EUA, quase a totalidade deles (cerca de 97%) são baseados juridicamente no Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América – *Mutual Legal Assistance Treaty - MLAT* (Decreto nº 3.810, de 02 de maio de 2001), que é objeto de análise da presente ADC nº 51.

68. Assim, é possível afirmar que este Tratado é o acordo bilateral mais utilizado pelo Brasil em suas demandas de assistência em matéria penal ao exterior, visto que dentre os outros dois países mais demandados (Uruguai e Paraguai), os pedidos são fundamentados em acordos multilaterais, não havendo acordos bilaterais com tais nações. Desta forma, é de extrema relevância, utilidade e aplicabilidade prática o MLAT em vigor com os EUA, ora analisado.

69. Com relação às diligências solicitadas aos EUA com base no MLAT, aproximadamente 7,5% dos pedidos de cooperação jurídica internacional versaram sobre obtenção de diligências de quebra de sigilo e obtenção de dados telemáticos naquele país, conforme gráfico abaixo.

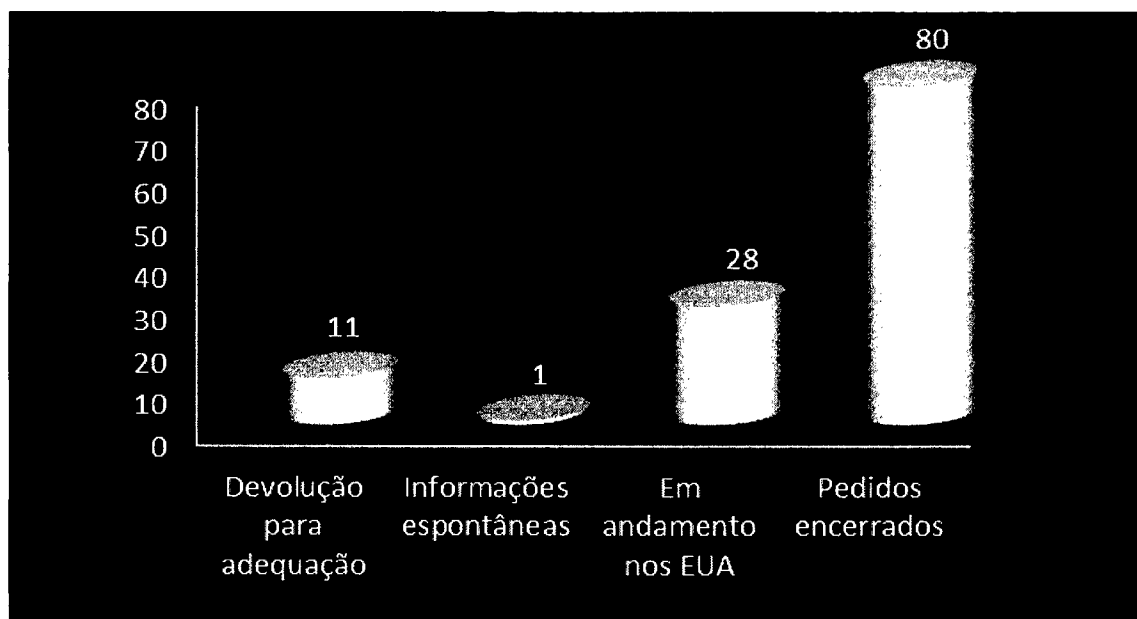
3



70. Desta forma, os números estatísticos representados retratam justamente esta faixa de pedidos de cooperação jurídica endereçados aos EUA: cerca de **7,5%** dos casos enviados aos EUA nos últimos anos. É sobre tal faixa de pedidos que os comentários abaixo irão se referir, abordando os procedimentos específicos para elaboração dos pedidos e dificuldades práticas e jurídicas encontradas para a obtenção de diligências de quebra de sigilo e obtenção de dados telemáticos.

71. Considerando a amostragem de pedidos encaminhados aos EUA nos últimos 04 anos (desde o início de 2014 até o fim de 2017) – cuja finalidade tenha sido a quebra de sigilo e obtenção de dados telemáticos naquele país – é possível relatar a existência aproximada de 120 (cento e vinte) solicitações, as quais possuem os andamentos atuais retratados no gráfico a seguir.

f.



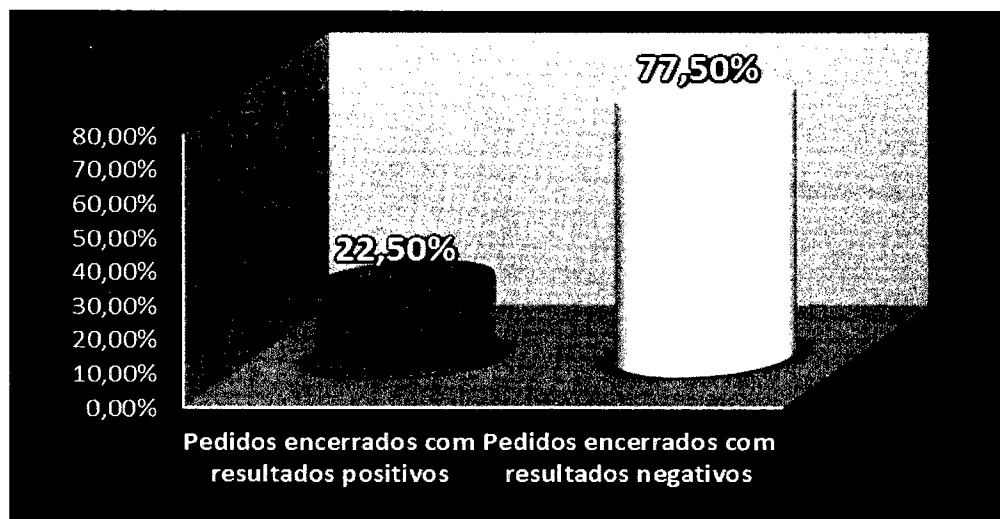
72. Conforme pode-se observar do gráfico acima, dos 120 pedidos identificados, **11** não chegaram a ser enviados aos EUA por este DRCI/MJ, porque continham falhas graves de elaboração e necessitavam adequação. Por isso, foram devolvidos pelo DRCI/MJ, após juízo de admissibilidade administrativo, às respectivas autoridades demandantes. Em geral, diante da experiência adquirida pelo DRCI/MJ em casos concretos anteriores, antes de enviar pedidos sem qualquer chance de atendimento aos EUA, foram alertados aspectos gerais, em especial a melhoria da explicação sobre o nexos causal entre a diligência solicitada (denominado pela legislação norte-americana de *probable cause*), os crimes praticados e os suspeitos. Tal requisito é frequente e fortemente exigido pela legislação dos EUA. Ademais, **01** solicitação não tratava propriamente de um pedido de cooperação jurídica, mas de transmissão de informações espontâneas para os EUA, ficando a critério das autoridades daquele país verificarem se têm interesse em adotar providências de investigação cabíveis.

73. Assim, dos **restantes 108 pedidos** de cooperação jurídica propriamente ditos efetivamente remetidos aos EUA, **28 (vinte e oito) ainda estão em andamento** naquele país, ou seja, o Brasil ainda não recebeu resposta conclusiva (ou seja, não se sabe se houve o cumprimento ou não das diligências solicitadas). Ressalta-se que desse total, **08 deles foram enviados no ano de 2014, outros 08 em 2015, outros 05 em 2016 e 07 em 2017.** Logo, percebe-se que há pedidos que se encontram em andamento há longo tempo, o que demonstra certa dificuldade de obtenção de informações céleres sobre dados e conteúdo telemático nos EUA, por meio dos canais previstos no MLAT. Considerando-se essa amostragem dos pedidos em andamento, também deve ser considerado que parte desse prazo prolongado também pode ser atribuído a eventual demora de autoridades nacionais requerentes, que após receberem

indagações e esclarecimentos adicionais dos EUA, não as encaminham com celeridade, colaborando para o atraso da finalização do caso.

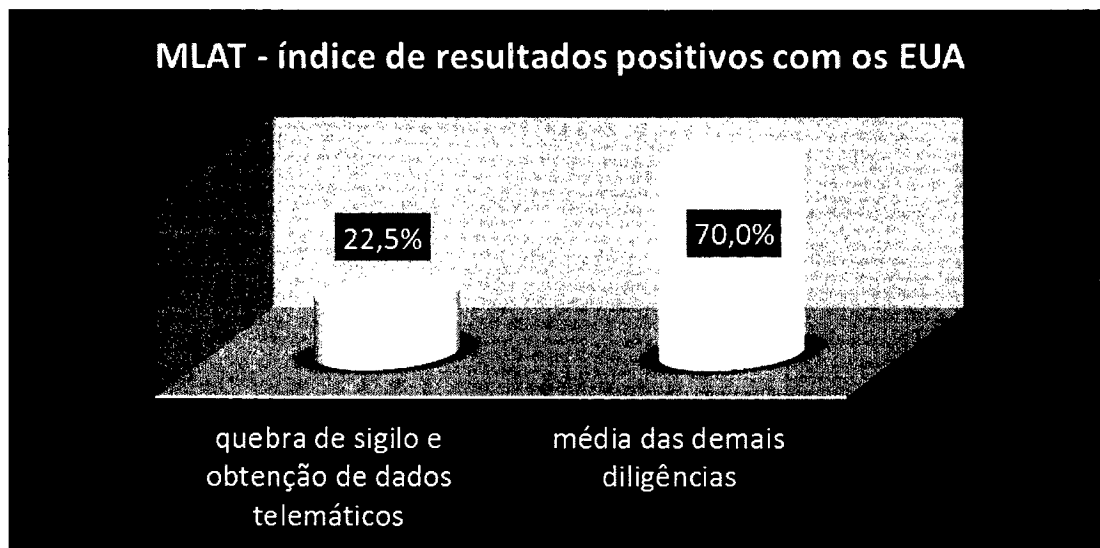
74. Por fim, ainda conforme o gráfico acima, dos 108 pedidos de cooperação jurídica propriamente ditos remetidos aos EUA, **80 (oitenta) deles já foram encerrados** pelo DRCI/MJ, seja porque houve uma resposta positiva ou não dos EUA, seja porque as próprias autoridades nacionais desistiram da execução dos pedidos.

75. Desses 80 pedidos de cooperação jurídica enviados aos EUA e que foram considerados encerrados, apenas em **18 (dezoito)** deles as diligências solicitadas foram atendidas pelas autoridades norte-americanas, perfazendo um índice de aproveitamento de apenas 22,5% dos pedidos, isso considerando apenas aqueles já encerrados. De fato, nos outros **62 (sessenta e dois) casos, não houve resultados positivos**, sendo que em 49 deles houve resposta negativa dos EUA, sem cumprimento das diligências; e em 13 deles as próprias autoridades nacionais desistiram da execução e perderam o interesse nas diligências, em geral pela demora ou outro fator processual que gerou a perda da oportunidade para uso da evidência solicitada. Vejamos o gráfico abaixo:



76. Ressalta-se que essa informação acerca do baixo índice de efetividade dos pedidos de assistência jurídica enviados aos EUA para a obtenção de quebra de sigilo ou dados telemáticos é extremamente relevante, pois em média, para as demais diligências solicitadas aos EUA, o índice de conclusão positiva é inverso, resultando em cerca de 70% de pedidos cumpridos, o que é considerado internacionalmente um número muito expressivo e positivo.

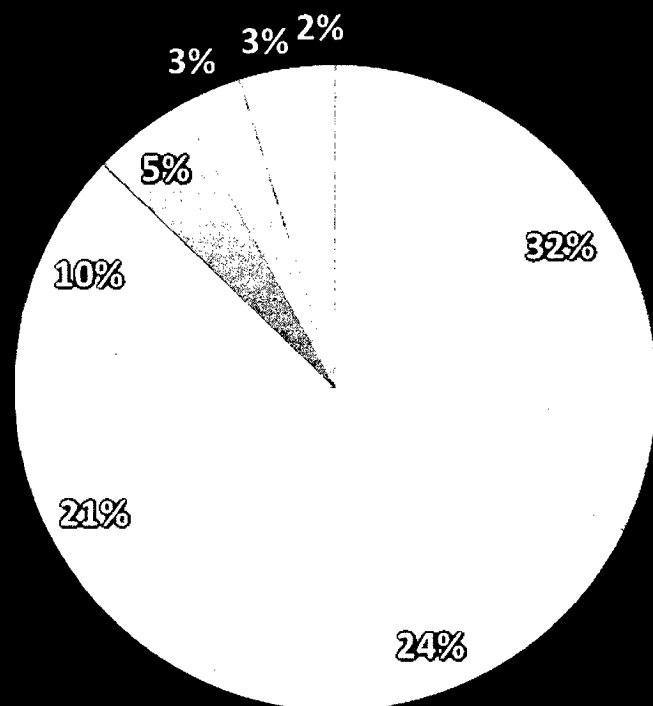
77. Tal fato mostra que, se de um lado o MLAT em vigor entre Brasil e EUA se mostra efetivo para as diligências em geral (cerca de 70%), índice considerado muito bom em comparação com outros países; de outro tal fato não ocorre para os pedidos de cooperação jurídica destinados à obtenção de quebra de sigilo ou dados telemáticos naquele país (cerca de 22,5%), índice considerado INSATISFATÓRIO.



78. Nos últimos 4 anos, averiguando os motivos pelos quais a grande maioria dos pedidos encerrados não obtiveram respostas positivas dos EUA (cerca de 77,5%), é possível observar as seguintes causas, de ordem prática e jurídica, dispostas no gráfico abaixo.

8.

## Motivos de não cumprimento dos pedidos



- Insuficiência de nexo causal - não atendimento ao probable cause
- Crime contra a honra ou de preconceito
- Desistência do pedido, independente do cumprimento
- Conta apagada ou fora do período de retenção obrigatória
- Conta ou provedor não localizado
- Impossibilidade legal - interceptação em tempo real
- Whatsapp
- Dados obtidos diretamente no Brasil

79. Pelo gráfico acima, é possível chegar a algumas conclusões a respeito das causas de recusa dos pedidos de cooperação jurídica internacional encaminhados aos EUA. Pode-se classificar esses motivos em jurídicos e em procedimentais.

80. Inicialmente, como motivos jurídicos, encontram-se motivos estritamente legais. Temos os seguintes percentuais nos pedidos:

80.1. **32% recusados por argumentos de insuficiência de nexo causal** - não atendimento ao *probable cause* previsto na legislação daquele país denominada "*Stored Communication Act*" – que é o nível de indício necessário a ser demonstrado para que as autoridades dos EUA possam determinar o afastamento do sigilo telemático.

3

Esta causa de recusa está estritamente ligada aos pedidos de cooperação internacional que que solicitam a quebra de sigilo telemático para fins de obtenção de **dados cadastrais** (*subscriber information*) e **conteúdo** de mensagens armazenadas eventualmente existentes nos provedores de serviços de internet. Diversamente das interceptações em tempo real (como se verá mais adiante), estes tipos de diligências podem ser acatadas e deferidas pelas autoridades norte-americanas, não havendo proibição legal ou incompatibilidade jurídica propriamente dita.

Entretanto, observa-se que, ainda assim, na maioria dos casos, as solicitações de auxílio jurídico, apesar de diligenciadas, não são cumpridas pelas autoridades requeridas, sob o argumento de que não há demonstração suficiente do nexos causal entre as medidas solicitadas, as pessoas envolvidas e os crimes praticados, com o e-mail, perfil de rede social ou qualquer outro serviço de internet utilizado, cujo sigilo se pretende afastar nos EUA.

Assim, trata-se de motivo de não cumprimento afeto a questões jurídicas, na medida em que as autoridades brasileiras necessitam prestar informações suficientes que – sob o ponto de vista da lei e das autoridades norte-americanas – demonstrem satisfatoriamente o vínculo da prática criminosa no Brasil com a efetiva utilização de serviços de internet nos EUA. Esses indícios robustos e imprescindíveis para justificar o afastamento do sigilo telemático nos EUA são denominados de “*probable cause*” e previstos na legislação americana<sup>15</sup>, e somente quando devidamente demonstrados, autorizam a obtenção de uma ordem judicial de “*search and warrant*” naquele país<sup>16</sup>.

Assim, por exemplo, não basta apenas indicar que determinada pessoa está sendo investigada pela prática do crime de pornografia infantil e que essa mesma pessoa possui um e-mail em seu nome cujo provedor esteja nos EUA. A fim de cumprir os requisitos da

---

<sup>15</sup> A expressão “**probable cause**” tem origem na Emenda IV da Constituição dos Estados Unidos da América, que assim prescreve: “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon **probable cause**, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*”

<sup>16</sup> Sobre esse assunto, são frequentes as autoridades brasileiras receberem respostas oficiais das autoridades norte-americanas, negando-se, em um primeiro momento, atender aos pedidos de cooperação jurídica, sob os seguintes argumentos:

“*Such information is needed in order to satisfy the U.S. legal requirements necessary to obtain the requested evidence. In the United States, the legal standards that govern access to electronic records vary depending on the age of the information as well as the type of records sought. In order to obtain IP addresses and authorship information, as in this case, Brazilian authorities will need to submit articulable facts that demonstrate reasonable grounds to believe that the website was used in the furtherance of the criminal activity, or that evidence of the criminal activity is otherwise likely to be found therein. While the information on the website is disturbing, U.S. authorities cannot meet the requisite standard of proof (or “**probable cause**,” as articulated under U.S. law) to obtain judicial authorization to access the requested information without further evidence.*”

legislação daquele país, precisa-se demonstrar algo a mais, isto é, informar efetivamente indícios que permitam deduzir que o referido e-mail está sendo ou foi efetivamente utilizado para a transmissão de imagens de pedofilia.

Tendo em vista que os requisitos da lei norte-americana são rigorosos neste ponto, muitas vezes as autoridades brasileiras não possuem as informações necessárias e suficientes para a demonstração do “*probable cause*”. De fato, observa-se nos casos concretos que os níveis de exigência do “probable cause” exigido pela lei norte-americana muitas vezes inviabiliza por completo o próprio pedido de cooperação brasileiro, até porque eventualmente tais dados sejam inacessíveis às autoridades nacionais

Esta situação representa a maior razão para o não cumprimento de pedidos de cooperação jurídica internacional destinados à obtenção de dados cadastrais ou à quebra de sigilo telemático nos EUA. Nesses casos, antes de adotar quaisquer medidas constritivas, as autoridades daquele país costumam solicitar informações complementares justamente sobre esses aspectos, muitas vezes mais de uma vez, a fim de que a autoridade brasileira interessada possa prestar esclarecimentos adicionais para viabilizar o cumprimento da solicitação, as quais reiteradamente são consideradas como insuficientes, acarretando o não atendimento ao pedido brasileiro.

Consignamos, por oportuno, que no âmbito dessa cognição exauriente, as autoridades estrangeiras acabam por ter conhecimento praticamente completo das investigações que estão em curso no Brasil.

**80.2. 24% recusados por envolver solicitações feitas para fins de elucidação de crimes contra a honra ou de preconceito**, sob o argumento que de acordo com a Emenda Constitucional I<sup>17</sup> americana, os EUA não compreendem tais condutas como atos criminosos, em virtude do amplo reconhecimento à liberdade de expressão.

Neste contexto, uma das principais causas que enseja o não cumprimento desses pedidos pelos EUA consiste na recusa em se atender solicitações de quebras de sigilo telemático para fins de investigações brasileiras de crimes contra a honra – calúnia, injúria e difamação – e também crimes de preconceito previstos na lei penal nacional.

<sup>17</sup> “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”



São situações em que, por exemplo, o Delegado de Polícia, a fim de elucidar a autoria delitiva, necessita obter informações oficiais sobre o cadastro do usuário de determinado perfil social do *facebook* ou do *twitter*, ou mesmo o conteúdo de conversas postadas em tais serviços de internet, pelas quais terceiros são caluniados, difamados ou injuriados.

As autoridades norte-americanas, quando recebem solicitações que versam sobre esses tipos de delitos, sequer adotam providências para tentar obter as diligências requeridas. Assim, o pedido é restituído às autoridades brasileiras, sem qualquer diligenciamento, sob o argumento da falta de dupla incriminação, pois naquele país os atos atentatórios contra a honra devem ser resolvidos apenas na seara civil, com ações destinadas ao pleito de indenizações se o próprio ofendido assim o desejar, não havendo ilícito criminal a ser considerado.

Assim, trata-se de uma verdadeira impossibilidade jurídica de atendimento ao pedido. Sob o mesmo entendimento, com base na ordem constitucional, também as declarações racistas, as postagens com conteúdo obsceno (exceto aquelas tidas como pornográficas) e mensagens relativas ao discurso político, não são consideradas ilícitos penais naquele país.

Ao considerar essa limitação constitucional, o *Office of International Affairs of Department of Justice*, Autoridade Central dos EUA para os pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, denega tais solicitações, fundamentando juridicamente tal decisão no art. 3º, item 1, alínea b) do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, alegando possíveis prejuízos aos interesses essenciais daquele país<sup>18</sup>.

Como pode-se perceber, neste tipo de situação, a cooperação jurídica internacional encontra limite na própria ordem legal do país requerido, representando um óbice de índole jurídica e com alta dificuldade de ser resolvido, diante da impossibilidade de compatibilização dos sistemas legais criminais no caso concreto.

<sup>18</sup> Referido acordo internacional foi internalizado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 3.810, de 02 de maio de 2001, e assim prescreve em seu art. 3º, item 1, alínea b):

"1. A Autoridade Central do Estado Requerido poderá negar assistência se:

- a) a solicitação referir-se a delito previsto na legislação militar, sem contudo constituir crime comum;
- b) o atendimento à solicitação prejudicar a segurança ou interesses essenciais semelhantes do Estado Requerido;
- ou
- c) a solicitação não for feita de conformidade com o Acordo."

80.3. **3% recusados, por solicitarem interceptação telemática em tempo real (grampo telemático)**, medida esta que é vedada pela legislação norte-americana, quando requerida exclusivamente por autoridades estrangeiras.

Esta situação ocorre quando a autoridade brasileira necessita realizar uma interceptação telemática em tempo real – também denominada de “grampo” ou monitoramento telemático – de algum serviço de internet cujo provedor esteja nos Estados Unidos. Ou seja, pretende-se obter informações de conteúdo telemático – especialmente aquelas contidas em trocas de mensagens por e-mails, chats, ou outro meio de comunicação virtual – no mesmo instante e à mesma velocidade em que realmente ocorrem.

Para este tipo específico de diligência, a legislação norte-americana sobre a interceptação de comunicações é extremamente restritiva, não permitindo a interceptação em tempo real de comunicações dentro de seu território, a pedido exclusivo de uma autoridade de investigação estrangeira. Ainda, de acordo com a lei norte-americana, a interceptação em tempo real só pode ser utilizada na investigação de crimes específicos, e só pode ser solicitada por funcionários devidamente autorizados dentro do *Office of International Affairs of Department of Justice*, Autoridade Central dos EUA, devendo ainda ser autorizado pelo Juiz competente nos EUA, após a confirmação de que todos os requisitos para a interceptação tenham sido satisfeitos. Uma possível exceção pode ocorrer em casos de investigações conjuntas entre autoridades competentes de um país estrangeiro e uma agência de aplicação da lei dos EUA.

Portanto, caso a autoridade brasileira responsável por investigação criminal de tráfico de drogas perceba, por exemplo, que os integrantes de determinada organização criminosa comunicam-se frequentemente de forma dissimulada por e-mails cujas mensagens são mantidas em provedores situados nos EUA, não obterá uma resposta positiva deste país, se necessitar obter o monitoramento em tempo real dessas comunicações. Poderá apenas solicitar a quebra de sigilo telemático de conteúdo, com mensagens armazenadas, enviadas e recebidas em momento anterior, dentro de certas condições, conforme mencionado anteriormente.

81. Em segundo lugar, como motivos **procedimentais**, encontram-se aspectos relacionados ao tempo delongado e outros fatores de ordem prática. Temos os seguintes percentuais nos pedidos:

81.1. **21%** em que houve **desistência do pedido**, porque a demora das autoridades dos EUA em atenderem a demanda (ou as constantes solicitações de informações adicionais para atender aos níveis de exigência do “*probable cause*”) acarretaram a **perda da utilidade** da informação ou da evidência probatória solicitada, gerando a desistência do pedido;

81.2. **10%** dos pedidos recusados, em virtude de que o dado telemático foi apagado ou se **excedeu o prazo do período de retenção obrigatória** pelos quais as empresas provedoras de serviços de internet tem obrigação de manter os dados armazenados;

81.3. **5%** recusados em razão de a **conta ou de o provedor não ter sido localizado**;

81.4. **3%** recusados, por se tratarem de solicitação de quebra de sigilo de informações do aplicativo **whatsapp**, o qual segundo informado pela empresa administradora, não possui mecanismo técnico para armazenamento de dados, em virtude da criptografia ponta a ponta existente;

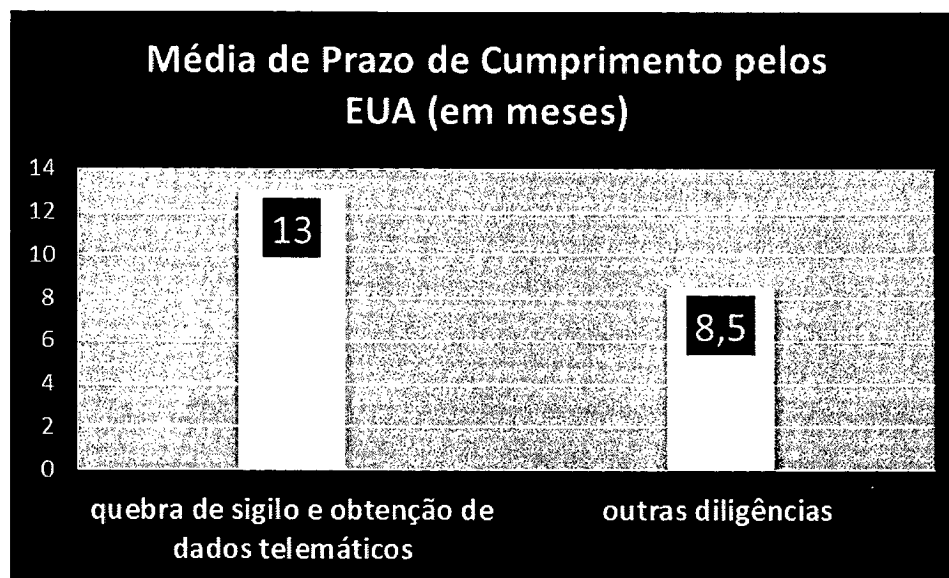
81.5. **2%** recusados, em razão de que as informações obtidas acabaram sendo **fornecidas diretamente pelo provedor de internet que tinha representação no Brasil**. Nesse caso, a autoridade brasileira tinha solicitado pelas 2 vias possíveis: pelo MLAT e diretamente à empresa que tinha sede também no Brasil.

82. De outro lado, **analisando os poucos casos com resultados positivos**, ou seja, aqueles **18 pedidos** nos quais as diligências solicitadas foram atendidas pelas autoridades norte-americanas e que representam o **índice de 22,5%** dos pedidos com resultados positivos, entendemos relevante trazer alguns esclarecimentos. Dessas solicitações cumpridas, em **09** pedidos foram **solicitados apenas subscriber information e registros de acesso em relação aos dados telemáticos (como dados de IP, logins de acesso, dados cadastrais do usuário)**.

83. Apenas nos outros **09 pedidos** cumpridos, foram solicitadas **informações sobre conteúdo de contas e de comunicação de e-mails ou perfis sociais na internet** (como mensagens trocadas, recebidas e enviadas, fotos, chats, etc). Verificamos a existência de pedidos desta natureza atendidos, via MLAT, **somente pelas empresas norte-americanas Google Inc.** (05

pedidos), Microsoft Inc. (02 pedidos) e Facebook Inc. (02 pedidos). Não há registros de pedidos de informações de conteúdo que tenham sido atendidos por outras empresas nos EUA.

84. Considerando esses poucos pedidos atendidos via MLAT, merece também ser mencionados alguns aspectos sobre o **tempo transcorrido** para o atendimento pelas autoridades dos EUA. Neste ponto, após levantamentos realizados, no que tange aos casos de obtenção de quebra de sigilo e obtenção de dados telemáticos nos EUA, observamos que a média dos prazos para recebimento das respostas positivas das autoridades norte-americanas, via MLAT, está girando em torno de 13 meses. Tal prazo médio é consideravelmente maior que o prazo para respostas das autoridades dos EUA em relação aos pedidos de cooperação destinados a outros tipos de diligências, os quais estão em torno de 8,5 meses.



85. Salientamos que, de todo esse período de tempo transcorrido desde o envio dos pedidos até o recebimento das restituições, as solicitações de cooperação jurídica são analisadas e tramitadas pela Autoridade Central brasileira (DRCI/MJ) em uma média geral de **apenas 4 dias** (sendo que em **casos urgentes** tais providências **podem ser até adotadas no mesmo dia**), o que representa uma faixa de tempo ínfima perto do total de todo procedimento de cooperação, via MLAT.

86. Desta forma, em regra, observamos que a demora exagerada nesses casos, em sua maioria, é causada pelo tratamento e procedimentos legais adotados pelas autoridades do país requerido, no caso os EUA. São pedidos que, em geral, não são cumpridos de imediato, necessitando de frequentes esclarecimentos adicionais formulados pelas autoridades norte-

americanas, a fim de que o requisito exigido pela *Stored Communication Act* – qual seja o *probable cause* – seja atendido, permitindo que a Corte competente nos EUA seja acionada e defira o respectivo pedido de *search and warrant*. Desta forma, estes pedidos são demorados também porque exigem constantes e repetitivos esclarecimentos pelas autoridades requerentes brasileiras, alargando ainda mais o prazo total do procedimento de cooperação.

87. Cumpre aqui enfatizar que o baixo índice de efetividade não é causado propriamente pelas autoridades norte-americanas ou por dificuldade nas comunicações entre autoridades brasileiras e norte-americanas. Ademais, não é uma questão relacionada ao funcionamento ou ao texto do MLAT em si, que admite tal forma de cooperação jurídica para fins de quebra de sigilo telemático. O problema maior que se verifica é a limitação imposta pela legislação interna dos EUA, extremamente rigorosa neste ponto para tal finalidade. A legislação interna dos EUA funciona como verdadeiro limitador ao próprio MLAT, pois todo e qualquer pedido de cooperação jurídica deve ser cumprido “*de acordo com as leis do país requerido*” (no caso, as leis dos EUA).

88. De fato, corroborando com a conclusão acima, como se extrai dos números já reproduzidos, **cerca de 59% das negativas** (vide parágrafo 80) são causados por exigências jurídicas da lei norte-americana para atendimento, notadamente a interpretação do *probable cause*, que, por ser muito rigorosa e protetiva, muitas vezes inviabiliza o próprio cumprimento do pedido por completo. Ademais, deve-se agregar ainda que, dentre os **21% dos pedidos em que houve desistência** da autoridade brasileira (vide parágrafo 81.1 acima), boa parte é causada pelas constantes solicitações de informações adicionais para atender aos níveis de exigência do “*probable cause*”, acarretando a perda da utilidade da informação ou da evidência probatória solicitada, gerando a desistência do pedido. Assim, verificamos que a grande parte dos pedidos sem êxito tem como pano de fundo este contexto.

89. Ademais, mesmo nos casos com respostas positivas, o prazo médio de atendimento de **13 meses** vem sendo insatisfatório. Tal prazo exagerado via de regra vem sendo causado pelo tratamento e procedimentos legais exigidos pela lei norte-americana, em vistas das constantes necessidades de esclarecimentos adicionais para atendimento do *probable cause*.

90. Cumpre aqui observar que os pedidos de cooperação jurídica internacional via MLAT, para fins de obtenção de dados e quebra de sigilo telemático nos EUA, tem por natureza medidas quase sempre urgentes. De fato, diversamente de outras diligências de

investigação, a quebra de sigilo telemático (assim como o telefônico e outras formas de monitoramento de comunicações) muitas vezes não se destina à obtenção da prova de um crime que já ocorreu (como documentos bancários, oitivas etc), mas sim podem ser importantes para se compreender como determinada estrutura criminosa vem agindo e se comporta, quais são seus integrantes, *modus operandi*, onde ficam, o que fazem etc. O que se quer expor neste item é que medidas de quebra de sigilo telemático (inclusive de conteúdo) às vezes são essenciais para o próprio desenvolvimento e direcionamento da investigação, e por isso, deveriam ser obtidas em período menor que outras diligências. Tal motivo reforça que os prazos médios de respostas conclusivas positivas até então observados não são satisfatórios.

### **PROVIDÊNCIAS PARA MELHORAR A EFETIVIDADE DO USO DO MLAT NOS CASOS DE QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO**

91. Conforme ressaltado, **para os casos em geral**, os indicadores e estatísticas obtidos pelo DRCI/MJ revelam que a cooperação jurídica internacional vem obtendo melhores resultados a cada ano. Todos os números vêm indicando esta evolução: número de pedidos por ano, índices de cumprimento, prazos de resposta, dentre outros.

92. Entretanto, exatamente no que tange especificamente à cooperação jurídica internacional para fins de **obtenção de elementos de prova telemáticos**, as informações acima destacadas relevam que o MLAT não vem se apresentando como ferramenta totalmente eficiente para a resolução dos pedidos de cooperação jurídica, não por conta do próprio MLAT em si, mas sobretudo pelas razões acima expostas, relacionadas à legislação norte-americana e sua aplicação restritiva pelas autoridades daquele país, bem como por conta de aspectos procedimentais.

93. Para tentar contornar essas dificuldades, algumas medidas de ordem jurídica e de ordem prática vêm sendo realizadas nos últimos anos pelos órgãos competentes no Brasil. De fato, além das consultas, discussões e solicitações de informações constantes feitas às autoridades dos EUA sobre pedidos concretos de cooperação jurídica (caso a caso) que versam sobre o assunto – procedimento que é adotado rotineiramente pelo DRCI/MJ e pelas autoridades interessadas – e da participação em foros e discussões internacionais que versam sobre o tema, cumpre enfatizar as seguintes providências:

93.1. Iniciativa brasileira de propor a negociação de um Protocolo Adicional ao Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos da América, sobre cooperação internacional em matéria de crimes cibernéticos. Tendo em vista a percepção de que o MLAT não vem exercendo papel eficiente como instrumento legal voltado à obtenção de dados e quebra de sigilo telemático nos EUA, percebeu-se a necessidade de um possível aprimoramento no texto. Desta forma, foi iniciada negociação de um protocolo adicional específico sobre o tema, com participação do Ministério das Relações Exteriores. Entretanto, no início deste ano de 2018 houve resposta negativa dos EUA, com argumentos de que o protocolo poderia afrontar a legislação daquele país, além de não ser tradição dos EUA levar em frente iniciativas bilaterais, mas sim multilaterais sobre o assunto.

93.2. Verificação da possibilidade de internalização Convenção de Budapeste<sup>19</sup> sobre o cibercrime<sup>20</sup>, aberta para assinaturas na capital húngara em 2001 e que entrou em vigor em julho de 2004. O referido ato internacional foi firmado no âmbito do Conselho da Europa, contém mais de quarenta países-membros, incluindo países fora do continente europeu, dentre os quais os Estados Unidos da América, o Canadá, o Japão e a África do Sul, e postula a produção de uma política criminal comum para fornecer proteção à sociedade contra a criminalidade no espaço virtual, enfatizando a necessidade de se ter uma legislação adequada com o desenvolvimento tecnológico atual. Apesar da possibilidade jurídica e das diversas discussões acerca da conveniência política e técnica, até o presente momento o Brasil optou por não aderir à Convenção de Budapeste, preferindo adotar medidas voltadas à negociação de um tratado internacional verdadeiramente de âmbito global sobre o combate à criminalidade cibernética no âmbito da Organização das Nações Unidas, ou implementar

<sup>19</sup> A Convenção de Budapeste está organizada de maneira clara e estratégica, possuindo apenas quatro capítulos. O primeiro define os crimes contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de dados e sistemas de computadores, tais como “acesso ilegal à integralidade ou parte de sistema de computadores sem autorização” (*illegal Access* - art. 2), “interceptação ilegal” (*illegal interception* - art. 3), “interferência ou dano em dados de computador” (*data interference* - art. 4) e “interferência em sistemas” (*system interference* - art. 5). O segundo capítulo, por sua vez, dispõe sobre aqueles crimes que já foram tipificados nas legislações penais comuns, mas que também podem ser cometidos com a utilização do computador, por exemplo, os crimes de falsificação eletrônica ou praticada por meio de computadores (*computer-related forgery* - art. 7) e fraude informática (*computer-related fraud* - art. 8). Já o terceiro capítulo trata das ofensas relacionadas à pornografia infantil<sup>139</sup>. Por fim, o capítulo quatro preconiza os crimes relacionados à violação de direitos de autor em geral, ou condutas delituosas contra a propriedade intelectual.

<sup>20</sup> A expressão “cibercrime” é a denominação dada a práticas delituosas voltadas a fraudar a segurança de computadores ou redes empresariais. Este crime pode ser promovido de diversas maneiras: disseminação de vírus que coletam e-mails para venda de *mailing*, distribuição de material de pornografia infantil, fraudes bancárias, violação de propriedade intelectual ou invasão de sites para deixar mensagens difamatórias como forma de insulto a outras pessoas. O termo “cibercrime” surgiu depois de uma reunião, em Lyon, na França, de um subgrupo das nações do G8, que analisou e discutiu os crimes promovidos por intermédio de aparelhos eletrônicos ou pela disseminação de informações pela internet, no final da década de 90, período em que a rede mundial de computadores se expandia pelos países da América do Norte.

iniciativas bilaterais com países estratégicos. Entretanto, ressalta-se que, mesmo aderindo à referida Convenção, as dificuldades mencionadas acima não seriam superadas pelo Brasil, em virtude da limitação imposta pela legislação interna norte-americana, a qual não deixará de ser exigida.

### **INTERAÇÃO ENTRE AS MEDIDAS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA DO MLAT E AS POSSIBILIDADES DE OBTENÇÃO DE DADOS CONTIDAS NO MARCO CIVIL DA INTERNET**

94. Especialmente quando se observa a existência de eventuais lacunas ou superposição de procedimentos previstos da legislação, é dever do operador do direito buscar a melhor interpretação dos dispositivos legais em vigor.

95. No âmbito da cooperação jurídica internacional, é consenso internacional que os Estados envolvidos sempre devem se esforçar em **buscar interpretações ampliativas à cooperação entre os países**, de forma a admitir outras formas de cooperação legítimas, desde que tais possibilidades estejam previstas em leis internas ou nos acordos internacionais, de forma a assegurar a segurança jurídica dos participantes e garantir a validade jurídica das provas obtidas.

96. Assim, desde que haja previsão legal ou convencional sobre determinada possibilidade de atuação, os países devem considerar e interpretar os dispositivos legais de forma ampla e sistêmica. Tal atuação vem reforçar os preceitos constitucionais previstos no art. 4º, IX, que dispõe como princípio das relações internacionais a “*cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*”.

97. Em um contexto global contemporâneo de enfoque ao enfrentamento à criminalidade transnacional e ao crime organizado, e num cenário nacional em que a segurança pública necessita de priorização e aprimoramento<sup>21</sup>, as medidas de cooperação jurídica voltadas ao combate desses males que assolam a comunidade – dentre as quais a **obtenção de dados e quebra de sigilo telemático para fins de elucidação de investigações e processos criminais** se incluem – **devem ser objeto da mais ampla colaboração**.



98. Neste contexto, este DRCI/MJ lembra que o próprio texto do 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 02 de maio de 2001) prevê aspectos que reforçam tal possibilidade. Por exemplo, destacamos abaixo o teor do Artigo XVII do MLAT, que assim prescreve:

*Artigo XVII*

*“Os termos de assistência e demais procedimentos contidos neste Acordo **não constituirão impedimento** a que uma Parte preste assistência à outra com base em dispositivos de outros acordos internacionais aplicáveis, **ou de conformidade com suas leis nacionais**. As Partes podem também prestar-se assistência nos termos de qualquer acordo, ajuste ou outra prática bilateral cabível.”*

99. Assim, **outras medidas de cooperação**, quando possíveis, podem ser admitidas e complementares ao MLAT – servindo como devido processo legal – **desde que haja previsão em lei ou acordo internacional**, a fim de se preservar a regularidade das diligências e validade dos atos praticados.

100. Ao interpretar tal dispositivo, não vemos cabimento, por exemplo, no argumento trazido pela parte autora, no sentido de que eventual opção, adotada por parcela do Judiciário, pela não aplicação dos procedimentos de cooperação jurídica previsto no MLAT ao caso concreto venha acarretar a declaração de sua inconstitucionalidade de forma escamoteada ou mesmo até indicar a necessidade de denúncia ao referido Acordo Internacional. Isso porque, na verdade, a intenção do referido Tratado não é exaurir todas possibilidades de cooperação apenas ao próprio MLAT e sim permitir a convivência com outras formas legítimas previstas em Lei ou outros acordos internacionais.

101. De fato, desde que haja previsão legal, pode haver duplicidade de caminhos legítimos e regulares para a obtenção de eventual diligência, não havendo que se falar que ao não aplicarem o MLAT ao caso concreto, as autoridades judiciais brasileiras estão declarando a inconstitucionalidade deste Tratado. Isso porque o MLAT é a principal, mas é apenas uma das formas de cooperação jurídica possíveis.

102. **Entretanto, convém enfatizar novamente. Essas eventuais outras formas de cooperação somente serão válidas se previstas em leis internas dos países ou em outros**

<sup>21</sup> Vide recentes episódios de violência do final de 2017 e início de 2018 ocorridos no Ceará, Rio Grande do Norte,

**acordos internacionais aplicáveis ao caso concreto, a fim de evitar nulidades, assegurar direitos dos envolvidos e preservar o devido processo legal** na obtenção de informações e provas processuais no exterior.

103. Neste contexto, em relação aos pedidos destinados à obtenção de dados e quebra de sigilo telemático, parece-nos que as possibilidades de cooperação se encaixam justamente nesta situação.

104. Isso porque existe **regramento legal** trazido pela Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, denominada de lei do Marco Civil da Internet, que em seu art. 11 e parágrafos, aborda o tema da necessidade de observância da lei brasileira, no que tange às empresas estrangeiras que ofertem serviços ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

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

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

*§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.*

105. De fato, conforme pode-se verificar no § 2º combinado com o *caput* do art. 11, há previsão expressa para que empresas com estabelecimento no Brasil – quando integrantes de grupo econômico de pessoa jurídica provedora de internet sediada no exterior – devem se submeter à legislação brasileira, no que tange a qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional.

106. Ademais, como em regra as autoridades brasileiras competentes – durante as investigações e no decorrer de processos penais – necessitam obter informações telemáticas de

---

Espírito Santo e Rio de Janeiro, inclusive com intervenção federal neste último Estado.

pessoas relacionadas a crimes já praticados ou que ainda estão sendo cometidos no Brasil, é possível afirmar que ao menos um dos terminais esteja localizado no Brasil, conforme exigido pelo § 1º do referido artigo.

107. Desta forma, sob a ótica da cooperação jurídica internacional, o Marco Civil da Internet, por ter *status* de Lei e estar em consonância com a intenção do artigo XVII do MLAT, pode ser considerado norma legal que rege outra possibilidade de cooperação para fins telemáticos, ao lado do MLAT existente entre Brasil e EUA.

108. O próprio Marco Civil da Internet também traz dispositivo que reforça a necessidade de entrelaçamento das medidas de cooperação internacional sobre o tema, dispondo que os preceitos contidos nesta Lei não excluem outros existentes no ordenamento jurídico pátrio, conforme redação do art. 3º, 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. Note-se como as normas se complementam neste aspecto e visam a buscar soluções adicionais e interativas, sem a exclusão de uma ou outra possibilidade. É neste sentido, salvo melhor juízo, que o intérprete deve compreender o tema. Por isso, não parece que a utilização deste mecanismo de obtenção de informações diretamente junto às empresas de grupo econômico estrangeiro venha violar princípios constitucionais da igualdade, soberania e do devido processo legal

110. O fato argumentado pela parte autora da ADC nº 51, consistente na impossibilidade legal, segundo a lei norte-americana denominada "*Stored Communication Act*", em se disponibilizar dados telemáticos de usuários sem a demonstração do "*probable cause*" e dos procedimentos de cooperação jurídica, via MLAT, realmente é relevante e deve ser levado em conta. Entretanto, tal impossibilidade não pode desprezar a própria lei brasileira, aplicável a empresas estabelecidas no Brasil e que façam parte de grupo econômico estrangeiro.

111. Neste ponto, afigura-se um ponto nevrálgico relacionado a esta discussão, pois se observa que há um confronto aparente entre as leis internas dos EUA e do Brasil, respectivamente a "*Stored Communication Act*" e o Marco Civil da Internet. Entretanto, tais

**normas legais devem ser levadas em consideração com a mesma carga de importância.** Por isso, salvo melhor juízo, não se pode compreender como verdadeiro o argumento no sentido de que a não observância do MLAT e da lei norte-americana nesses casos estaria acarretando a não observância do princípio constitucional da “não intervenção”, previsto no art. 4º IV da Constituição Federal. **Isso porque também se deve observar a lei brasileira com o mesmo peso, com a mesma carga de importância.**

112. Da mesma forma com que as empresas norte-americanas devem observar a lei daquele país “Stored Communication Act” (extremamente rigorosa e protetiva), as empresas que se estabelecem no Brasil, sejam genuinamente brasileiras ou integrantes/filiais/subsidiárias de grupos econômicos norte-americanos, **também devem se submeter à lei brasileira, no caso o Marco Civil da Internet, e outras relacionadas, como a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996,** que trata da interceptação de comunicações telefônica e telemática no Brasil.

113. Quando empresas estrangeiras se estabelecem em determinado lugar, devem levar em conta os aspectos positivos e negativos, os bônus e os ônus, não podendo apenas se beneficiar, e deixar de colaborar com as próprias autoridades locais, seguindo as disposições da lei local. Assim, havendo interesse econômico de determinado grupo estrangeiro se estabelecer no Brasil, as leis brasileiras também devem ser observadas.

114. Desta forma, sob o ponto de vista prático, a fim de conciliar os ordenamentos jurídicos de ambos os países, sem prevalência de um sobre o outro, o ideal seria que as empresas de grupos econômicos estrangeiros que venham a se estabelecer no Brasil e que atuem no ramo de provedor de serviços de internet, tragam consigo para o território brasileiro o banco de dados digital onde os dados e informações virtuais se encontram. Desta forma, não haveria se falar em desobediência à Lei dos EUA, pois o banco de dados estaria no Brasil.

115. Concordamos que **tal atitude e exigência não seria atrativo** para que empresas estrangeiras de tecnologia da informação e provedores de internet se estabelecessem no Brasil. Isso realmente pode ser um fator econômico a ser pensado, pois a manutenção de um banco de dados virtual, bem como o atendimento às autoridades públicas e colaboração com combate ao crime geram encargos e muitas vezes de grande vulto.

116. **Todavia, parece ser relevante também levar em conta o raciocínio inverso**, qual seja, caso tal exigência não seja feita para as empresas de grupo econômicos estrangeiros que

aqui se estabelecem, **as empresas genuinamente brasileiras que desejam atuar neste ramo no Brasil estariam em desvantagem concorrencial**, pois apenas estas estariam obrigadas a criar uma estrutura de banco de dados virtual, e de atendimento e colaboração com autoridades que necessitam de dados telemáticos para combate ao crime.

### **ENTENDIMENTO JUDICIAL ENTRE OS CASOS DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO e DE QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO**

117. Consta da peça inicial deste processo uma comparação entre o tratamento judicial diferenciado que vem sendo adotado pelo Judiciário brasileiro entre os casos de quebra de sigilo bancário e os de quebra de sigilo telemático no exterior.

118. A parte autora apresentou decisões judiciais nacionais, indicando que para a primeira finalidade (sigilo bancário) os juízes brasileiros têm exigido, como requisito juridicamente válido essencial para sua obtenção, a elaboração de pedidos de cooperação jurídica internacional e seu trâmite aos EUA com base no MLAT; ao passo em que para a segunda finalidade (sigilo telemático) parte do Judiciário tem deixado de lado a via do MLAT e determinado a obtenção diretamente junto à empresa parte de grupo estrangeiro que se encontra no Brasil, com base na Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

119. O questionamento acerca do descabimento dessa diferenciação de tratamento jurídico, ao que parece, não figura como inapropriado, uma vez que em relação às regras de quebra de sigilo bancário no exterior, não há uma Lei brasileira que preveja a possibilidade de obtenção de dados bancários, por exemplo, diretamente junto a uma sucursal de um banco estrangeiro que esteja autorizado a funcionar no Brasil (por exemplo, não se observa da Lei Complementar nº 105/2001 dispositivo semelhante). Ou seja, em relação à obtenção de dados bancários e financeiros, não há lei que disponha termos semelhantes aos já previstos no Marco Civil da Internet em relação às empresas sediadas no Brasil que sejam parte de grupos econômicos estrangeiros que atuem no ramo de serviços de internet.

120. Conforme dito acima, para fins de obtenção de dados e quebra de sigilo telemático, há, salvo melhor juízo, lei brasileira que permite essa atuação jurisdicional

diretamente junto a empresas sediadas no Brasil e que são integrantes de grupos estrangeiros, que é o Marco Civil da Internet.

121. Este tipo de dispositivo legal não é inovação exclusiva brasileira. A título de exemplo, os EUA, país de origem da grande maioria dos grupos econômicos das empresas representadas pela Federação autora, também possuem legislação que permite a adoção de medidas em seu território com robustas repercussões extraterritoriais.

122. De fato, existem disposições no *United States Code (U.S. Code)*<sup>22</sup> que expandem a jurisdição dos tribunais dos EUA em relação a pessoas não nacionais daquele país e suas contas ou ativos. A seção 317 dá aos tribunais dos EUA a chamada "jurisdição de longo alcance" ("*long-arm jurisdiction*") em relação a pessoas que não pertencem aos EUA, que cometeram crimes de lavagem de capitais nos EUA, sobre bancos não norte-americanos que abrem contas bancárias dos EUA e sobre pessoas não norte-americanas que convertem ativos cujo confisco foi determinado por um Tribunal daquele país. Uma segunda disposição, de grande importância para os bancos e pessoas não norte-americanas, é a parte da Seção 319 que permite que os Tribunais daquele país congelem fundos em uma conta dos EUA, se esses fundos forem vertidos para um banco que não seja dos EUA e que o banco não norte-americano tenha recebido o produto de atividades ilegais em suas contas fora dos Estados Unidos. Vejamos as redações:

18 U.S. Code § 981 - Civil forfeiture - § 981(k)(1)(A).<sup>23</sup>

*"For the purpose of a forfeiture under this section or under the Controlled Substances Act (21 U.S.C. 801 et seq.), if funds are deposited into an account at a foreign financial institution (as defined in section 984(c)(2)(A) of this title), and that foreign financial institution (as defined in section 984(c)(2)(A) of this title) has an interbank account in the United States with a covered financial institution (as defined in section 5318(j)(1) of title 31), the funds shall be deemed to have been deposited into the interbank account in the United States, and any restraining order, seizure warrant, or arrest warrant in rem regarding the funds may be served on the covered financial institution, and funds in the interbank account, up to the value of the funds deposited into the account at the foreign financial institution (as defined in section 984(c)(2)(A) of this title), may be restrained, seized, or arrested".*

18 U.S. Code § 1956 - Laundering of monetary instruments, no item (b)(2)<sup>24</sup>

*"(2) Jurisdiction over foreign persons.*

*For purposes of adjudicating an action filed or enforcing a penalty ordered under this section, the district courts shall have jurisdiction over any foreign person,*

<sup>22</sup> O U.S. Code consolida e codifica a legislação federada em vigor nos EUA, sendo dividida por assuntos.

<sup>23</sup> <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/981>

<sup>24</sup> <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1956>

8

*including any financial institution authorized under the laws of a foreign country, against whom the action is brought, if service of process upon the foreign person is made under the Federal Rules of Civil Procedure or the laws of the country in which the foreign person is found, and:*

*(A) the foreign person commits an offense under subsection (a) involving a financial transaction that occurs in whole or in part in the United States;*

*(B) the foreign person converts, to his or her own use, property in which the United States has an ownership interest by virtue of the entry of an order of forfeiture by a court of the United States; or*

*(C) the foreign person is a financial institution that maintains a bank account at a financial institution in the United States."*

123. Desta forma, nestes casos, as autoridades norte-americanas podem não se utilizar dos instrumentos de cooperação jurídica internacional, via MLAT's, tentando obter as diligências diretamente junto às instituições financeiras sediadas nos EUA e que tenham vínculos com pessoas ou instituições estrangeiras, com base em sua Lei, acima descrita.

124. Assim, ao que parece, os dispositivos contidos na Lei brasileira (Marco Civil da Internet) para fins de obtenção direta das informações telemáticas junto às empresas integrantes de grupos estrangeiros teriam certa similitude com tal sistemática utilizada no campo financeiro pela Lei norte-americana.

## CONCLUSÕES

125. Resumidamente, considerando os fatos e argumentos apresentados acima, sob a ótica do DRCI/MJ e da cooperação jurídica internacional, são apresentadas as seguintes conclusões:

- Tendo em vista as funções exercidas pelo DRCI/MJ na condição de Autoridade Central e como órgão de coordenação e articulação nacional no que se refere à cooperação jurídica internacional, entende-se que os fatos e argumentos ora apresentados são pertinentes às discussões travadas na ACD 51.
- A problemática que envolve o combate à criminalidade e a realidade atual, nacional e internacional, exigem mecanismos eficientes, previstos em leis ou acordos internacionais, para a obtenção de informações e quebras de sigilo telemático no exterior – em especial os relativos a conteúdo de comunicações – que consiste em ferramenta

fundamental para a elucidação de delitos e produção válida de provas em processos criminais.

- Os acordos internacionais sobre cooperação jurídica internacional – dentre os quais se encontram o MLAT entre Brasil e os EUA – têm sido essenciais para o constante aumento na eficiência de obtenção válida e regular de medidas e provas processuais no exterior.
- Entretanto, em relação aos casos que envolvem pedidos de cooperação jurídica voltados à obtenção de dados e quebra de sigilo telemático nos EUA, a utilização do MLAT não vem apresentando resultados satisfatórios, seja quanto ao índice de pedidos cumpridos, seja em relação ao tempo para as respostas positivas, causadas na maior parte por conta das limitações da lei norte-americana *Stored Communication Act* e pela necessidade de atendimento dos requisitos do *probable cause*, mais rigorosos e protetivos que os exigidos na realidade brasileira pelas leis nacionais.
- As medidas de cooperação jurídica podem ser interpretadas de forma ampliativa, desde que haja previsão em outros acordos internacionais ou nas leis dos países.
- Por ter *status* de Lei, os mecanismos de obtenção de informações telemáticas previstos no Marco Civil da Internet estão em consonância com os princípios do próprio MLAT.
- Em que pese haver potencial conflito entre a lei norte-americana “*Stored Communication Act*” e a Lei brasileira denominada “Marco Civil da Internet”, no que tange à possibilidade de fornecimento direto de informações telemáticas por parte de empresas no Brasil e que sejam parte de grupo econômico dos EUA, ambas devem ser interpretadas com a mesma carga de importância, assim como deve ser dado tratamento igualitário de obrigações a empresas brasileiras e integrantes de grupos estrangeiros que atuam neste ramo econômico.
- A utilização do Marco Civil da Internet para tal finalidade, opção feita por algumas autoridades investigativas e judiciais nacionais, não acarreta, salvo melhor juízo, negativa de vigência ou declaração de inconstitucionalidade ao MLAT, por serem mecanismos complementares (não necessariamente excludentes) de cooperação.
- Eventual decisão que limite a forma de obtenção de informações e quebra de sigilo telemático no exterior apenas aos procedimentos de cooperação jurídica previstas no MLAT possivelmente acarretará forte limitação aos instrumentos legais disponíveis às autoridades brasileiras no combate à criminalidade no que tange à quebra de sigilo de comunicações, em virtude do baixo índice de resultados positivos e da demora nas respostas observadas.

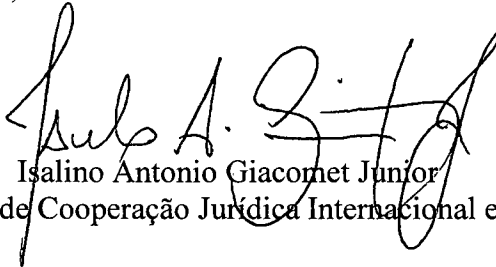
8



126. Assim, após chamado a pronunciar-se nestes autos, este Departamento encaminha essas considerações, com o intuito de colaborar com a melhor decisão judicial a ser adotada por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal em relação à presente Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 51.

127. Este DRCI/MJ se encontra à disposição para eventuais esclarecimentos adicionais que se façam necessários, inclusive para obtenção junto a autoridades de outros países de informações sobre o perfil e eventuais dificuldades no âmbito da cooperação jurídica internacional relacionada ao tema.

Respeitosamente,



Isalino Antonio Giacomet Junior  
Coordenador Geral de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal



Tácio Muzzi Carvalho e Carneiro  
Diretor Adjunto