

Caio Lenharo Makhoul

Mestrando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Law). Graduado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Contato: (11) 94589-1214 | cmakhoul@usp.br

Direito à prova, critério de territorialidade e o “constitucionalismo digital” no contexto da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 51 / STF

Right to evidence, territoriality criteria and the “digital constitutionalism” in the context of Declaratory Action for Constitutionality n. 51 / STF

Resumo

O presente artigo busca relacionar o direito à prova, em especial, dos dados digitais, com os potenciais entraves do critério territorial e da jurisdição, sob o prisma do constitucionalismo digital. O Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51, reconheceu a constitucionalidade e a aplicabilidade das normas de cooperação jurídica internacional entre autoridades brasileiras e estrangeiras. O debate principal envolveu a obtenção de conteúdos de comunicações privadas sob controle de provedores de aplicativos de Internet estabelecidos no exterior e a possibilidade de solicitação direta de dados e comunicações eletrônicas pelas autoridades brasileiras às empresas de tecnologia. A evolução do conceito de soberania e o caráter aterritorial dos dados resulta em uma necessária busca de eficácia da cooperação entre os Estados, preservando sempre os direitos fundamentais.

Abstract

This article seeks to relate the right to evidence, especially of digital data, with the potential obstacles of the territorial criterion and jurisdiction, under the prism of digital constitutionalism. The Federal Supreme Court, through the Declaratory Action of Constitutionality No. 51, recognized the constitutionality and applicability of the rules of international legal cooperation between Brazilian and foreign authorities. The main debate involved obtaining the contents of private communications under the control of Internet application providers established abroad and the possibility of direct requests for electronic data and communications by Brazilian authorities to technology companies. The evolution of the concept of sovereignty and the terrestrial nature of data results in a necessary search for effective cooperation between states, always preserving fundamental rights.

Palavras-chave: Direito internacional e constitucional. Direito processual penal. Cooperação jurídica internacional. Territorialidade de dados digitais. Convenção de Budapeste.

Keywords: International and constitutional law. Criminal procedural law. International legal cooperation. Territoriality of digital data. Budapest Convention.

Sumário: (1) Introdução. (2) Direito à prova na esfera dos dados digitais. (3) O constitucionalismo digital. (4) A territorialidade para os dados digitais. (5) Os aspectos relevantes da ADC n. 51 / STF. (6) Conclusão.

Summary: (1) Introduction. (2) Right to proof in the sphere of digital data. (3) Digital constitutionalism. (4) Territoriality for digital data. (5) The relevant aspects of ADC n. 51 / STF. (6) Conclusion.

1. Introdução

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade e consequente aplicabilidade das normas de cooperação jurídica internacional entre autoridades brasileiras e estrangeiras (ADC 51 / STF).

O pedido inicial requereu a constitucionalidade do Decreto Executivo Federal nº 3.810/2001, assim como do art. 237, II, do Código de Processo Civil e dos artigos 780 e 783 do Código de Processo Penal, para garantir a aplicabilidade dos procedimentos de cooperação internacional ali previstos para obtenção de conteúdos de comunicações privadas sob controle de provedores de aplicativos de Internet estabelecidos no exterior.

Contudo, em razão da volatilidade dos conteúdos a serem requisitados e da celeridade inerente ao tema, a controvérsia judicial relevante do julgamento foi ampliada para contemplar a possibilidade de solicitação direta de dados e comunicações eletrônicas das autoridades nacionais a empresas de tecnologia, sem prejuízo dos outros meios disponíveis, como previsto nas hipóteses do art. 11 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e o art. 18 do Decreto n. 11.491/2023 (Convenção de Budapeste).

Em seu voto, o Relator Min. Gilmar Mendes – responsável pelo v. acórdão proferido pelo julgamento – ponderou a respeito de assuntos essenciais à análise do controle constitucional, que dizem respeito ao direito à prova e ao princípio da territorialidade, os limites da jurisdição influenciados pelo meio virtual, todos no contexto de um “constitucionalismo digital” que floresce na prática judiciária.

Especificamente, o presente artigo analisará os conceitos mais explorados durante o julgamento – evolução da cooperação internacional, territorialidade e jurisdição, no prisma de um *constitucionalismo digital* – e os relacionará com a prática que vem sendo difundida internacionalmente por outros ordenamentos jurídicos.

2. Direito à prova na esfera dos dados digitais

A coleta de dados digitais, como fonte e elemento de prova no processo penal, apresenta-se em uma crescente realidade nas sociedades globalizadas como meio possível de construção da verdade processual e sua validade como prova.

No contexto de sociedade tecnológica, as evidências digitais não conhecem barreiras geográficas; seja em razão da localidade das empresas que os armazenam, seja porque os dados foram produzidos e/ou armazenados em território estrangeiro, os Estados passaram a reconhecer uma interdependência, que exige a expansão dos canais e contatos transnacionais e a regulamentação de práticas antes consideradas prerrogativas dos governos nacionais. A cooperação jurídica internacional é invocada a conferir legalidade na transferência de informações; nesse caso em específico, a coleta de provas digitais por parte do Estado brasileiro.

Os mecanismos de cooperação jurídica internacional desenvolvem-se em uma sociedade caracterizada pelo pluralismo cultural e encontram entraves entre os sistemas jurídicos¹, sendo necessária a harmonização das garantias fundamentais do justo processo e a eficiência da cooperação internacional para as provas produzidas no exterior.

Para tanto, temos que as garantias processuais previstas na Constituição Federal de 1988 e em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário representam as premissas de validação da cooperação; isso significa que as garantias judiciais inerentes ao justo processo não podem ser superadas como simples justificativa de eficácia da cooperação internacional.

Não obstante, embora haja uma crescente tendência de ampliação da assistência jurídica entre Estados e, sobretudo, o intercâmbio de informações aptas a desvendar e desarticular atividades criminosas, a cooperação jurídica pode encontrar limites na proteção dos Direitos Fundamentais dos cidadãos, nos âmbitos material e processual.

O professor André de Carvalho Ramos assenta que

¹ MULLER, Ilana. Cooperação jurídica internacional em matéria penal e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013.

“Do ponto de vista formal, a proteção de direitos dos indivíduos estipulou (i) restrições à aplicação da lei penal pela adoção do princípio da legalidade estrita, presunção de inocência e o in dubio pro reo, irretroatividade da lei gravosa e retroatividade da lei benigna, bem como (ii) garantias processuais, como a do juízo natural, vedação do tribunal de exceção, devido processo legal, legalidade e legitimidade das provas, e ainda condicionamentos da (ii) execução penal, por meio da vedação de penas cruéis e desumanas, individualização da pena e direitos do sentenciado.”²

Apesar dos tratados internacionais que firmam as diretrizes do processo penal e suas garantias – como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – são necessários mecanismos complementares para a propiciar a eficiência da cooperação jurídica internacional e a eficácia da prova produzida no exterior, em respeito ao padrão normativo dos Direitos Humanos.

A nova realidade da criminalidade transnacional alterou os paradigmas de cooperação jurídica entre os Estados. Formalidades antes consideradas imprescindíveis, tais como as da carta rogatória, foram superadas pelos pedidos de assistência direta, a exemplo do *MLAT - Mutual Legal Assistance Treaty* firmado entre Brasil e Estados Unidos, por meio de uma Autoridade Central, papel predominantemente executado, no Brasil, pelo DRCI - Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional.

E apesar da existência de previsão legal dos pedidos feitos por carta rogatória e tratado de assistência mútua, a questão debatida no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 51 / STF é outro: podem autoridades brasileiras exercer jurisdição sobre dados coletados em território brasileiro por empresas com um ou mais estabelecimentos situados no país ainda que estes dados tenham sido armazenados em território estrangeiro?

No âmbito do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 51 / STF, o Ministro Relator Gilmar Mendes mencionou que a temática de território e jurisdição necessitaria, com essas novas fronteiras, convergir com a ideia de um *constitucionalismo digital* já que *“a internet faz nublar uma das premissas estruturantes do constitucionalismo que é a adesão da jurisdição constitucional aos limites nacionais”³*.

Para melhor compreensão do debate desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, iniciaremos com alguns conceitos invocados ao longo do julgamento, sendo que,

² CARVALHO RAMOS, André. Curso de Direitos Humanos. 9 ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 939.

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADC 51, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. em 23/02/2023, DJe 28-04-2023.

qualquer decisão, mesmo representativa de uma Corte Constitucional, depende e é influenciada pelas premissas das normas constitucionais e da interpretação dos próprios julgadores.

3. O constitucionalismo digital

De início, faz-se necessário dissecar o conceito de *constitucionalismo digital*, ainda em emergente construção e debate.

O surgimento da expressão faz referência às contramedidas constitucionais derivadas dos desafios produzidos pela tecnologia digital. Foi utilizada para se referir a um movimento constitucional de defesa da limitação do poder privado de atores da internet, em oposição à ideia de limitação do poder político estatal⁴.

A tecnologia, ao mesmo tempo que viabilizou intersecções antes nunca imagináveis, também criou novas fontes de ameaças aos direitos fundamentais de indivíduos⁵, como (i) os riscos crescentes relacionados ao tratamento dos dados pessoais via meios eletrônicos e (ii) o relevante poderio das corporações multinacionais e as organizações transnacionais que registram, comercializam ou administram essa tecnologia, em detrimento aos poderes constitucionais originários do Estado.

Para o professor Edoardo Celeste,

*“O ‘constitucionalismo digital’ é um conceito tentador para explicar por que essas reações devem se materializar e o que são os princípios orientadores dessas reações. Na verdade, a existência de constitucionalismo digital impõe a restauração de um estado de relativo equilíbrio no ecossistema constitucional em resposta a qualquer tentativa de debilitá-lo. Além disso, o constitucionalismo digital fornece o conjunto de ideias, valores e princípios que orientam as contramedidas normativas contra os desafios gerados pela tecnologia digital.”*⁶

Daí que se comece a falar de um *constitucionalismo digital* como uma reação à realidade digital. A alteração do equilíbrio entre o sistema jurídico e a realidade que ele pretende regular – sobretudo no que tange ao surgimento de novas formas de opressão dos poderes

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. “Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro”. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 16, n. 1, out. 2020, p. 9.

⁵ CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. Tradução de Paulo Rená da Silva Santarém. Revisão de Graziela Azevedo. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez. 2021.

⁶ Ibidem.

privados das corporações – traciona a violação aos direitos fundamentais, exigindo respostas jurídicas em face dos novos desafios⁷.

A tecnologia avançada deve ser lida com base no equilíbrio constitucional, com vistas às funções básicas do direito constitucional de (i) proteção dos direitos fundamentais e (ii) o equilíbrio de poderes⁸. Ao mesmo tempo em que a virtualidade amplifica as possibilidades dos indivíduos exercerem seus direitos fundamentais – tais como de liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade religiosa – amplifica, também, o risco de ameaças aos direitos fundamentais por discursos de ódio, *cyberbullying*, vazamento de dados pessoais, entre outros.

O desequilíbrio vem, então, de um poder derivado das empresas privadas, que surgem no cenário constitucional como dominante ao lado dos próprios Estados. Como veremos mais adiante, o Supremo Tribunal Federal vem sendo convocado a se manifestar sobre a afetação desses dados digitais que estão armazenados com a iniciativa privada, mas por diversas vezes são necessários aos agentes públicos para preservação da segurança nacional.

Em geral, o *constitucionalismo digital* não pretende alterar as estruturas bases do Estado Democrático de Direito e a normas constitucionais primárias; ao que parece, trata-se de uma noção ampliada das premissas constitucionais a partir do avanço tecnológico apta a adaptar valores e princípios existentes às peculiaridades da sociedade digital.

4. A territorialidade para os dados digitais

O critério de territorialidade é uma importante base para determinar a aplicação das leis e a jurisdição em um determinado território. No contexto constitucional, o critério de territorialidade estabelece que a soberania do Estado se estende sobre o seu território e que as leis são aplicáveis aos indivíduos e às atividades que ali ocorrem. Igualmente, a territorialidade determina que o Estado tem o poder de criar leis e exercer jurisdição dentro do seu território, regulando as relações entre as pessoas, as empresas e quaisquer entidades do espaço geográfico. Ocorre que, como já introduzido no presente artigo, o avanço tecnológico não reconhece o espaço apenas geográfico, já que os dados são colhidos, processados e armazenados para além das fronteiras físicas de um Estado, em um espaço virtual.

⁷ BARRILAO, J. F. S. CONSTITUCIONALISMO DIGITAL: ENTRE REALIDAD DIGITAL, PROSPECTIVA TECNOLÓGICA Y MERA DISTOPÍA CONSTITUCIONAL. Revista da AJURIS - QUALIS A2, v. 49, n. 152, p. 395–418, 2022. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1318>. Acesso em: 2 jul. 2023.

⁸ PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. Leiden Journal of International Law, v. 19, n. 3, p. 579-610, 2006.

Uma das vantagens da internet em relação a outros métodos de comunicação e de comércio é o acesso a um público mais vasto, de caráter global. A distância espacial e as fronteiras nacionais se tornam irrelevantes para a criação de uma empresa e como seus usuários interagem entre si e com o conteúdo produzido. Nasce, por consequência, potenciais conflitos de leis suscetíveis ao ciberespaço, onde a localização de uma ocorrência não é fixa, onde as diferenças ideológicas são transferidas para diferenças judiciais.

Considerando o caráter transnacional das provas e da necessidade de um trabalho em conjunto na regulação desses dados, o *constitucionalismo digital* nos leva ao que a professora Jennifer Daskal chama de “natureza aterrorial dos dados digitais”⁹ e como seu reconhecimento e processamento exige, das Cortes Internacionais e dos tribunais domésticos dos Estados, uma valoração diferente do critério de territorialidade tradicionalmente aplicado, a partir da relação entre território, soberania dos Estados e a necessidade de diálogo entre os ordenamentos jurídicos.

Estados e demais *global players* de caráter não-estatal, como corporações multinacionais, organizações não-governamentais, fóruns multilaterais, mecanismos de concertação não institucionalizados e Organizações Internacionais convivem na arena jurídico-política internacional, buscando sua própria política e se influenciando reciprocamente¹⁰.

No que tange ao conceito de soberania dos Estados no contexto de evolução histórica da globalização, podemos nos valer das lições do professor André de Carvalho Ramos quando analisou o papel do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil:

*“Partindo do entendimento de que o modelo tradicional de soberania estatal, que envolve o Estado como fonte única e exclusiva de normas, se encontra em crise, é possível vislumbrar um novo paradigma jurídico, em que constituições nacionais estejam abertas e sejam permeáveis aos mandamentos internacionais e regionais em matéria de direitos humanos. Admite-se, assim, um modelo de constitucionalismo que leva em consideração a realidade dinâmica da produção de normas de proteção à dignidade humana e que se permite aprimorar a partir do diálogo com outras jurisdições, sejam elas nacionais, regionais ou globais.”*¹¹

⁹ DASKAL, Jennifer. The Un-Territoriality of Data. The Yale Law Journal, 2015, p. 326–398.

¹⁰ CAVALCANTI, Natália Peppi. Acesso a dados além das fronteiras: a cooperação jurídica internacional como solução para o (aparente) conflito de jurisdições. 2019. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

¹¹ CARVALHO RAMOS, André. Curso de Direitos Humanos. 9 ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

Esse modelo de constitucionalismo que considera a dinâmica pode ser aplicado ao que viemos a analisar no critério de territorialidade do presente artigo, já que, no conceito tradicional, a soberania dos Estados define algumas regras basilares, como a primazia do princípio territorial, a obediência aos limites internacionais, a não intervenção em outros Estados pela igualdade soberana (princípio da reciprocidade).

Mas a soberania evoluiu para um conceito dinâmico, em progresso, conforme a realidade, a necessidade dos Estados e de acordo com a sociedade internacional. Constata-se a universalização dos princípios da cooperação e solidariedade como base do Direito Internacional, com intensificação da integração entre os *players* globais.

Da soberania, decorre o princípio da territorialidade, sendo a faculdade que as leis, atos e decisões judiciais de cada país, como regra, são válidos e executáveis em seu domínio territorial. O território é elemento central da soberania, componente do Estado moderno e de sua ordem jurídica¹². E a partir de todo esse contexto, a sociedade digital construiu um novo território, agora virtual, que não se divide por fronteiras geográficas.

5. Os aspectos relevantes da ADC n. 51 / STF

A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi proposta ASSESPRO NACIONAL – Federação de Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação sob o argumento de que o Decreto Executivo Federal nº 3.810 de 2001 e os artigos 237, II, CPC e 780 e 783, CPP, não estariam sendo aplicados às empresas de tecnologia, sob o argumento de violação da soberania nacional.

Depreende-se do julgamento e dos votos que, em realidade, a questão incide sobre diferentes temas relacionados à tecnologia, como a proteção e o compartilhamento de dados pessoais, sendo que a controvérsia judicial relevante do julgamento foi ampliada para contemplar a possibilidade de solicitação direta de dados e comunicações eletrônicas das autoridades nacionais a empresas de tecnologia, sem prejuízo dos outros meios disponíveis, como previsto nas hipóteses do art. 11 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e o art. 18 do Decreto n. 11.491/2023 (Convenção de Budapeste).

Para analisar a questão, o Supremo Tribunal Federal considerou alguns pontos passíveis de controvérsia: (a) ausência de conflito entre a assistência mútua e o Marco Civil da Internet, (b) a territorialidade dos dados e a consequente jurisdição do Estado brasileiro e (c) a

¹² DOBNER, Petra. More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 144.

aplicabilidade e insuficiência do *MLAT - Mutual Legal Assistance Treaty* no contexto do fluxo transfronteiriço de dados.

Para além dos debates deduzidos do julgamento, o presente artigo pretende contribuir com medidas alternativas ao tratamento de elementos de prova digital, em especial sobre a necessidade de fixação de parâmetros legais para referidos dados e a jurisdição brasileira como responsável pela requisição e processamento deles.

A respeito do alegado conflito entre o *MLAT - Mutual Legal Assistance Treaty* e as previsões legais do Marco Civil da Internet e da Convenção de Budapeste, de acordo com o Requerente da ADC 51 / STF, embora o procedimento estabelecido pelas referidas normas de cooperação jurídica em matéria penal seja observado, como regra, em relação aos dados ou documentos que se encontram em posse de empresas sediadas em outros países, estaria ocorrendo a não aplicação dessas leis em relação às empresas de tecnologia. Nesses casos, o afastamento das leis e atos normativos federais estaria ocorrendo com base no princípio da territorialidade e da proteção à soberania nacional, o que violaria, segundo os Requerentes, a soberania e a igualdade entre os Estados, o princípio da cooperação internacional, a livre iniciativa, a não intervenção e a solução pacífica de conflitos (arts. 1º e 4º, CF).

Isso porque, nos julgados mencionados, os Tribunais não se utilizaram da via da cooperação jurídica internacional (assistência mútua ou carta rogatória) e determinaram a solicitação direta de dados das empresas de tecnologia e suas subsidiárias instaladas no Brasil, mesmo quando os dados se encontram em servidores localizados no exterior.

Ocorre que, com a percebida tentativa de inviabilizar a requisição direta – mais célere e menos burocrática, o Ministro Relator Gilmar Mendes reconheceu que a análise a ser feita era mais ampla do que o pedido inicial, a fim de garantir a eficiência das normas:

“Assim, a rigor, o que está em debate nesta ação não é apenas a constitucionalidade de determinados dispositivos do Código de Processo Civil, do Código de Processo Penal e do Decreto Executivo nº 3.810/2001 que estabelecem a cooperação jurídica internacional, já que é igualmente importante analisar se os Tribunais brasileiros podem utilizar o art. 11 do Marco Civil da Internet para estabelecer o dever das empresas de tecnologia a fornecer essas informações, desde que observados os requisitos legais. Ou

seja, cabe a esta Corte analisar a compatibilidade de todos esses dispositivos normativos com a Constituição Federal.”¹³

A decisão reconheceu ainda que, além do art. 11 do Marco Civil da Internet¹⁴, semelhante previsão recentemente incorporada pelo ordenamento brasileiro é o art. 18 da Convenção de Budapeste¹⁵. Ambos os dispositivos tratam de garantir a jurisdição do Estado brasileiro sobre 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, nos casos em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional.

Os direitos essenciais à privacidade e à segurança da informação surgem naturalmente como resultado da questão. Além disso, considerando que grandes plataformas de internet, como redes sociais e veículos de comunicação em geral, não armazenam esses dados no mesmo país em que as comunicações ocorrem, o debate torna-se ainda mais sensível em relação aos limites da jurisdição. Por essa razão, os Estados nacionais vêm criando leis domésticas que impõem aos agentes econômicos que atuam na internet o dever de obedecer às determinações dos Tribunais nacionais, ainda que as operações virtuais mediadas por essas empresas não ocorram inteiramente dentro do território nacional¹⁶.

Nesse contexto, o v. acórdão proferido do julgamento considerou que “*as disputas acerca da obtenção de evidências criminais digitais em cooperações internacionais notabilizam os deságios do constitucionalismo digital diante da tendência de re-*

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADC 51, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. em 23/02/2023, DJe 28-04-2023.

¹⁴ Marco Civil da Internet. **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 ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.** § 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações. § 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

¹⁵ Convenção de Budapeste. Artigo 18 - Ordem de exibição. 1. Cada Parte adotará as medidas legislativas e outras providências necessárias para dar poderes a autoridades competentes para ordenar: a. a qualquer pessoa residente em seu território a entregar dados de computador especificados, por ela controlados ou detidos, que estejam armazenados num sistema de computador ou em qualquer meio de armazenamento de dados de computador; **b. a qualquer provedor de serviço que atue no território da Parte a entregar informações cadastrais de assinantes de tais serviços, que estejam sob a detenção ou controle do provedor.**

¹⁶ LAMBACH, Daniel. “The Territorialization of Cyberspace”. *International Studies Review*, p. 1–25, 2019, p. 13–17.

territorialização do ciberespaço”¹⁷ e invocou trabalho acadêmico de autoria do próprio Ministro Relator Gilmar Mendes:

*“Uma das principais estratégias normativas que os Estados Nacionais têm utilizado para contrapor sua soberania na internet consiste na edição de leis nacionais que tentam ‘re-territorializar’ a rede. Essas estratégias em geral se concretizam em legislações formais que impõem aos agentes econômicos o dever de obedecer às determinações dos Tribunais nacionais, ainda que as operações on-line mediadas por essas empresas não ocorram inteiramente dentro do país.”*¹⁸

Diferente do que se pretendia assentar na constitucionalidade da lei, as previsões normativas do Marco Civil da Internet e da Convenção de Budapeste resguardam a soberania nacional e otimizam os procedimentos de requisição desses elementos de prova. Como observado em ponto anterior do presente trabalho, a inadequação do próprio critério de territorialidade que normalmente define os limites da jurisdição dos estados nacionais é indicada pelas particularidades técnicas do armazenamento de dados, como mobilidade, divisibilidade dos dados e a possibilidade de dissociação entre a localização do acesso e a localização dos dados¹⁹.

Assentado o perfil “ateritorial” dos dados digitais, diversos países possuem leis que autorizam a jurisdição ampliada para acesso a dados digitais, permitindo que as autoridades governamentais acessem informações armazenadas em servidores localizados fora de suas fronteiras. Essas leis visam lidar com desafios relacionados à investigação e aplicação da lei no ambiente digital. Alguns exemplos de países com legislação nesse sentido incluem:

1. Estados Unidos: A lei conhecida como CLOUD Act (Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act), promulgada em 2018, permite que as autoridades dos EUA acessem dados armazenados em servidores localizados no exterior, desde que esses dados estejam sob controle de empresas americanas;

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADC 51, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. em 23/02/2023, DJe 28-04-2023.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. “Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro”. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 16, n. 1, out. 2020, p. 22.

¹⁹ Nesse sentido, Jennifer Daskal afirma que, mais do que multi-territoriais, os dados possuem uma verdadeira natureza “a-territorial” (DASKAL, Jennifer. The Un-Territoriality of Data. The Yale Law Journal, v. 2015, p. 326–398, 2015).

2. Reino Unido: O Investigatory Powers Act de 2016 concede poderes de vigilância e acesso a dados digitais às autoridades britânicas, incluindo a possibilidade de solicitar dados armazenados fora do país;
3. Austrália: A Lei de Assistência e Acesso a Dados de 2018, também conhecida como Lei AA Bill, confere às autoridades australianas poderes para solicitar acesso a dados digitais, incluindo dados armazenados no exterior;
4. Canadá: A Lei C-30, conhecida como Protecting Children from Internet Predators Act, promulgada em 2012, fornece poderes ampliados para que as autoridades canadenses acessem dados digitais, incluindo dados armazenados fora do país;
5. França: A Lei de Programação Militar (LPM) de 2013 concede às autoridades francesas o poder de acessar dados digitais, incluindo dados armazenados em servidores estrangeiros, para fins de segurança nacional e combate ao terrorismo;
6. Alemanha: A Lei de Vigilância Técnica (G-10) de 2001 permite que as autoridades alemãs acessem comunicações e dados armazenados, mesmo que eles estejam localizados fora do país, sob certas condições e com autorização judicial;
7. Índia: A Lei de Proteção de Dados Pessoais (Personal Data Protection Bill - PDPB) de 2019 prevê a autoridade para acessar dados digitais, inclusive aqueles armazenados em servidores estrangeiros, para proteção de dados pessoais e investigação criminal.

Com base nessas premissas, o Supremo Tribunal Federal assentou que a prática de atos investigatórios ou processuais e a obtenção de provas localizadas no exterior, sob a jurisdição de um Estado estrangeiro, devem observar a independência das nações, a autodeterminação dos povos, a não intervenção, a igualdade entre os Estados, a cooperação e a solução pacífica dos conflitos, conforme estabelecido pelo art. 4º da Constituição Federal.

A baixa efetividade das cartas rogatórias e do MLAT no que se refere à obtenção de dados eletrônicos – de acordo com o próprio Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – exige das autoridades brasileiras alternativas para garantir a eficiência das investigações e processos judiciais, a fim de evitar consequências graves sobre essas apurações e o dever do Estado brasileiro e o direito dos cidadãos à segurança pública nacional e à proteção dos demais direitos fundamentais.

Por fim, importante ferramenta para o aprimoramento do combate a Cibercriminalidade e do tratamento das provas digitais é a Convenção de Budapeste, aprovada pelo Brasil em 2021 (Decreto nº 37/2021) e promulgada este ano (Decreto nº 11.491/2023).

Uma variedade de crimes relacionados à internet está incluída na convenção, como o acesso não autorizado, interceptação ilegal de dados, interferência em sistemas de computador, fraude eletrônica, pornografia infantil online, violações de direitos autorais e outras infrações relacionadas à tecnologia da informação. Além disso, a convenção trata de cooperação internacional entre autoridades responsáveis pela aplicação da lei, proteção dos direitos humanos no mundo digital e promoção da segurança cibernética.

Através da Convenção de Budapeste, os Estados se comprometem a adotar leis nacionais para criminalizar essas atividades, fornecer assistência mútua em investigações, estabelecer pontos de contato para a cooperação entre autoridades nacionais e promover a capacitação e a conscientização sobre questões de cibercrime²⁰.

Resta ao Estado brasileiro tornar-se adepto ao Segundo Protocolo Adicional da Convenção de Budapeste (ETS n. 224 – Conselho da Europa)²¹, que especificamente trata do reforço da cooperação entre os Estados e da comunicação de provas eletrônicas, levando em conta os possíveis instrumentos que otimizem a cooperação entre as autoridades ou até entre as autoridades competentes e os prestadores de serviço de forma sistematizada:

“Reconhecendo a necessidade de uma cooperação reforçada e mais eficaz entre os Estados e o setor privado, e que, neste contexto, é necessária maior clareza ou segurança jurídica para os prestadores de serviços e outras entidades no que diz respeito às circunstâncias em que podem responder a pedidos diretos das autoridades de justiça penal de outras Partes para a comunicação de dados eletrônicos;

Visando, por conseguinte, continuar a reforçar a cooperação em matéria de cibercriminalidade e a recolha de provas em formato eletrônico de qualquer infração penal para efeitos de investigações ou de procedimentos penais específicos, através de instrumentos adicionais destinados a alcançar um auxílio mútuo mais eficiente e de outras formas de cooperação entre as autoridades competentes; da cooperação em situações de emergência; e da cooperação direta entre as autoridades competentes e os prestadores de serviços e outras entidades que possuem ou controlam informações pertinentes.”

²⁰ CONSELHO DA EUROPA. Convenção sobre o Cibercrime - ETS nº 185. Disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=185>. Acesso em 30.jun.2023.

²¹ CONSELHO DA EUROPA. Convenção sobre o Cibercrime - ETS nº 224. Disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=224>. Acesso em 30.jun.2023.

Resta evidente que o debate da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 51 / STF converge com a proposta do referido protocolo adicional. Apesar de ser signatário do texto original da Convenção de Budapeste – que prevê que as partes prestarão assistência umas às outras, para as investigações ou procedimentos relacionados a crimes de computador, ou para a obtenção de provas eletrônicas de um crime – o Brasil ainda precisa aprovar leis domésticas compatíveis e eficazes para o melhor resultado.

6. Conclusão

O debate principal envolveu a obtenção de conteúdos de comunicações privadas sob controle de provedores de aplicativos de Internet estabelecidos no exterior e a possibilidade de solicitação direta de dados e comunicações eletrônicas pelas autoridades brasileiras às empresas de tecnologia.

O direito à prova na esfera dos dados digitais é analisado como fonte e elemento de prova no processo penal, considerando a realidade das sociedades globalizadas. A cooperação jurídica internacional é invocada para garantir a legalidade na transferência de informações e a coleta de provas digitais pelo Estado brasileiro. No entanto, é necessário harmonizar as garantias fundamentais do justo processo com a eficiência da cooperação internacional, respeitando os direitos humanos e as normas constitucionais.

O constitucionalismo digital é introduzido como um movimento de defesa dos direitos fundamentais diante dos desafios trazidos pela tecnologia digital. Ele busca equilibrar o poder privado das empresas de internet com os poderes constitucionais do Estado, adaptando os valores e princípios constitucionais à sociedade digital.

A territorialidade dos dados digitais é discutida como critério importante para determinar a aplicação das leis e a jurisdição em um determinado território. No entanto, a natureza aterritorial dos dados digitais e a realidade transnacional da cooperação jurídica exigem uma revisão do critério tradicional de territorialidade. O constitucionalismo digital propõe uma nova valoração desse critério, considerando a relação entre território, soberania dos Estados e a necessidade de diálogo entre os ordenamentos jurídicos.

O trabalho analisa conceitos fundamentais explorados no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 51 / STF, como a evolução da cooperação internacional, a territorialidade e a jurisdição, relacionando-os com práticas difundidas internacionalmente por outros ordenamentos jurídicos. Por fim, destaca-se a importância de uma abordagem

equilibrada do constitucionalismo digital para preservar os direitos fundamentais no contexto da sociedade digital.

A incerteza jurídica relativa aos poderes extraterritoriais das autoridades brasileiras de acesso aos dados de outros países por meio de requisição direta, a fim de recolher provas para efeitos de investigação criminal, está, por hora, sanada pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, até como forma de preservação dos direitos fundamentais relacionados ao devido processo legal, paridade de armas, privacidade e outros relacionados às defesas pessoais, ainda há espaço para evolução legislativa interna e maior troca de experiências internacionais.

Referências bibliográficas

BARRILAO, J. F. S. Constitucionalismo Digital: Entre Realidad Digital, Prospectiva Tecnológica Y Mera Distopía Constitucional. Revista da AJURIS, v. 49, n. 152, 2022. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1318>. Acesso em: 2 jul. 2023.

CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. 9 ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CARVALHO RAMOS, André de. Processo Internacional de Direitos Humanos. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

CAVALCANTI, Natália Peppi. Acesso a dados além das fronteiras: a cooperação jurídica internacional como solução para o (aparente) conflito de jurisdições. 2019. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. Tradução de Paulo Rená da Silva Santarém. Revisão de Graziela Azevedo. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, jul./dez. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção sobre o Cibercrime - ETS nº 185. Disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=185>. Acesso em 30 jun.2023.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção sobre o Cibercrime - ETS nº 224. Disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=224>. Acesso em 30 jun.2023.

DASKAL, Jennifer. Privacy and Security Across Borders. The Yale Law Journal, 2019. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/forum/privacy-and-security-across-borders>. Acesso em: 28 jun. 2023.

DASKAL, Jennifer. The Un-Territoriality of Data. The Yale Law Journal, 2015.

DOBNER, Petra. More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). The Twilight of Constitutionalism? Oxford: Oxford University Press, 2010.

LAMBACH, Daniel. “The Territorialization of Cyberspace”. *International Studies Review*, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. “Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro”. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 1, out. 2020.

MULLER, Ilana. Cooperação jurídica internacional em matéria penal e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013.

PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, n. 3, 2006.

SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo. 2015. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADC 51, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. em 23/02/2023, DJe 28-04-2023.

VAZ, Denise Provasi. Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

VELASCO, C., HÖRNLE, J., OSULA, AM. (2016). Global Views on Internet Jurisdiction and Trans-border Access. In: Gutwirth, S., Leenes, R., De Hert, P. (eds.) *Data Protection on the Move. Law, Governance and Technology Series*, vol. 24. Springer, Dordrecht. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-94-017-7376-8_17. Acesso em 30 jun.2023.