

# Desafios contemporâneos do direito à prova: obtenção de dados digitais armazenados no exterior

## *Contemporary challenges of the right to proof: obtaining digital data stored abroad*

*Paula Ritzmann Torres<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente artigo expõe criticamente alguns aspectos relacionados às formas de obtenção de dados digitais (armazenados em dispositivos físicos e em nuvens) localizados fora do território de um Estado para fins penais. Abordam-se os impactos da realização da cooperação jurídica internacional e da fixação de jurisdição de execução em relação aos meios de obtenção de prova voltados para a obtenção dos dados digitais localizados no exterior, levando em consideração não somente os interesses dos Estados, mas também os direitos humanos dos indivíduos envolvidos.

**Palavras-chave:** dados digitais; prova; jurisdição; cooperação jurídica internacional; direitos humanos.

**Abstract:** The article addresses the gathering of digital data locate abroad (devices and in the clouds) for criminal matters. The article focusses on international judicial cooperation and jurisdiction to execute as different mechanisms to obtain the evidence located in the territory of other States, taking into consideration the impacts not only on the interesses of the but also the human rights of the individuals involved.

**Keywords:** digital data; evidence; human rights; international judicial cooperation; jurisdiction.

## 1. Introdução

Vivemos em uma sociedade da informação (CASTELLS, 2010, p. 21). A internet e o desenvolvimento de novas tecnologias permitem que a coleta, transmissão e armazenamento de dados digitais abranja, de modo mais ou menos relevante, todas as facetas da vida em sociedade.

---

<sup>1</sup>Doutoranda e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FMP). Graduada em Direito pela UFPR e em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Curitiba - UniCURITIBA.

No processo penal, as provas digitais (*e-evidence* ou *digital evidence*) se tornaram cada vez mais relevantes. As características dos dados digitais – desmaterialização e dispersão – impactam os requisitos probatórios e processuais da prova digital, os quais, em diversos aspectos, diferem das provas analógicas, suscitando novos temas para debate.

Um exemplo é a volatilidade e fragilidade dos dados digitais, que podem ser mais facilmente contaminados, requerendo técnicas e procedimentos necessários para a preservação da cadeia de custódia da prova digital, para que, apresentada em juízo, tenha potencial epistêmico adequado (BADARÓ, 2021, p. 7). Já a facilidade de armazenamento massivo de dados digitais requer que se repense a forma de execução da medida de busca e apreensão, especialmente diante do impacto que técnicas de cópia integral dos dispositivos apreendidos (*mirror-image copy*) causam sobre a privacidade, a intimidade e o direito fundamental a proteção de dados pessoais dos indivíduos (ARMENTA DEU, 2018).

Ademais, pensar em dados digitais é, por natureza, pensar na globalização e na ausência de fronteiras estatais na internet. Precisamente pela sua ubiquidade, imaterialidade e volatilidade, os dados digitais possuem maior fluidez, se tornando facilmente transnacionais.

A facilidade de localização extraterritorial dos dados digitais e a ausência de um quadro normativo claro geram problemas de cooperação jurídica internacional e de fixação de jurisdição para obtenção dos dados digitais. O tema impacta a relação entre Estados e os direitos dos indivíduos envolvidos ou interessado (direta e indiretamente) na obtenção da prova e na sua posterior admissibilidade no processo.

O dilema da obtenção de dados digitais localizados fora do território do Estado impacta a conformação tradicional de vários direitos colocados em conflito, como o acesso à justiça, de um lado, e o sigilo de dados, o direito à privacidade e o direito à prova, de outro.

Sem o propósito de esgotar o tema, o objetivo do presente artigo é analisar criticamente as particularidades das diferentes formas para a apreensão de dados digitais localizados no exterior. Serão abordadas duas situações: (i) dados digitais armazenados em dispositivos físicos, os quais, por sua vez, estão localizados em outro Estado; e (ii) dados digitais armazenados em nuvem, com acesso remoto de qualquer local, mas que possuem uma versão física armazenada em outro Estado.

## **2. A apreensão de dados digitais armazenados em dispositivos físicos no exterior: o recurso à cooperação jurídica internacional**

Existem situações em que as informações que se pretende obter, em formato digital, estão armazenadas em dispositivos físicos (DVD, pendrives, HDs, computadores, celulares, etc), os quais, por sua vez, estão localizados fora do território de um Estado. Nessa situação, o caráter extraterritorial da prova impõe o auxílio do Estado no qual os dispositivos físicos estão localizados para a apreensão dos dispositivos e posterior busca e extração dos dados digitais de interesse para a investigação ou processo penal.

Trata-se de clássica hipótese de utilização da cooperação jurídica internacional, em que um Estado solicita ajuda de outro Estado para a execução de atos de investigação ou de desenvolvimento processual além das suas fronteiras estatais (MCCLEAN, 2012, p. 149).

Com base na indiscutível centralidade do ser humano no direito internacional, reconhece-se que o ideal de cooperação jurídica internacional é um instrumento manejado pelos Estados, mas que possui os indivíduos como destinatários. Coaduna-se com a lição de Grinover (2004, p. 4), no sentido de que a cooperação jurídica internacional deve ser analisada sob o

enfoque trilateral, tendo o indivíduo como sujeito de direitos, protegido por normas internacionais e garantias constitucionais e legais.

Com o propósito de pontuar os principais aspectos de cooperação jurídica internacional que impactam a obtenção de dados digitais armazenados no território de outro Estado, parte-se de uma análise estruturada da cooperação jurídica internacional baseada na tríade *vias – veículos – pedidos* (ABADE, 2013, p. 309; CARVALHO RAMOS, 2018, P. 456).

## 2.1 Os pedidos

O pedido é o objetivo final que se pretende obter com o ato de cooperação jurídica internacional, no caso a obtenção de dados digitais armazenados em dispositivos físicos localizados no território de outro Estado.

A produção probatória no exterior segue o princípio do *locus regit actum* ou *lex diligentiae*, consolidado em inúmeros tratados<sup>2</sup>, bem como no art. 13 da Lei de introdução às normas de direito brasileiro (LINDB), sendo aplicável a lei do local em que a medida será executada. Assim, a lei processual para a obtenção de dados digitais armazenados em dispositivos físicos será a lei do Estado em que se encontram tais dispositivos.

O aspecto mais controverso e, até o momento não solucionado, sobre a lei aplicável em matéria de cooperação jurídica internacional é a (in)compatibilidade entre a forma como o ato é cumprido no Estado Requerido e os direitos e garantias fundamentais previstos na legislação do Estado Requerente. Tais ponderações expõem a tensão entre Direito Internacional e Direito Interno, colocando em contraposição o risco de

---

<sup>2</sup> Por exemplo, entre outros, no art. 18.17 da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, no art. 46.17 da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção e no art. 10 da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal.

xenofobia jurídica com denegação de acesso à justiça e a possibilidade de violação de garantias fundamentais.

Em termos práticos, o dilema gera insegurança sobre a admissibilidade da prova que não é coletada segundo os ditames do Estado em que será posteriormente utilizada (CALVANESE, 2018, p. 354; MITSILEGAS, 2019, p. 565 e ss).

No Brasil, em que pese anseio de parte da doutrina<sup>3</sup>, não há imposição convencional e tampouco legal pelo reconhecimento automático aos elementos de prova produzidos segundo procedimentos diferentes dos nacionais. Nesses casos, nos termos do art. 17 da LINDB, as cláusulas da soberania e da ordem pública impedem a realização do ato de cooperação jurídica internacional ou a concessão de eficácia aos efeitos do ato já realizado que violar as regras fundamentais do Estado (DOLINGER, 1986, p. 205 e ss).

No caso da obtenção de dispositivos físicos que armazenam dados digitais, a forma como o ato é conduzido no Estado estrangeiro pode gerar debates sobre a violação às garantias processuais penais brasileiras, a exemplo da clássica limitação na condução de busca e apreensão domiciliar durante o dia (Constituição da República, art. 5º, inc. XI) ou a preservação da cadeia de custódia das provas, caso as técnicas utilizadas difiram das empregadas no Brasil (Código de Processo Penal art. 158-A a 158-F).

A extensão do pedido e a sua forma de execução no Estado Requerido também podem impactar o ato cooperacional e a subsequente análise da validade da prova dele derivada. Por exemplo, serão diferentes as questões suscitadas se (i) for realizada uma busca e apreensão dos dispositivos, com o seu posterior envio ao Estado Requerente para extração de dados; ou (ii) for realizada a obtenção dos dados in situ, com manipulação dos dispositivos e utilização de técnicas específicas para extração dos dados pelo próprio Estado Requerido, o que pode ocorrer a depender da forma como o pedido for

---

<sup>3</sup> No Brasil, o tema também encontra eco, entre outros, em ABADE, 2013.

formulado ou do interesse da investigação para ambos os Estados (Requerente e Requerido).

## 2.2 As Vias

A transmissão de um pedido de apreensão de um dispositivo físico de armazenamento de dados digitais pode ser comunicada entre os Estados de algumas formas. As vias se diferenciam de acordo com o órgão que realiza a intermediação/comunicação do pleito cooperacional.

Em resumo, a via diplomática, cujo nome já indica o vínculo clássico com a Chancelaria dos Estados, tem como fonte normativa tratados *ad hoc* ou promessa de reciprocidade. Já a via da Autoridade Central desenvolveu-se a partir de tratados multilaterais, regionais ou bilaterais de cooperação jurídica internacional, que preveem um órgão de enlace designado por cada Estado para intermediar os pedidos, sendo, no caso brasileiro, em regra, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça (Decreto nº 9.662/2019) (SAADI; BEZERRA, 2012, p. 19).

Atualmente, também se vislumbra a via do contato direto entre órgãos congêneres, em que os pedidos são comunicados diretamente por meio de redes interinstitucionais, sem intermediação da Chancelaria ou da Autoridade Central, tal qual ocorre com a EUROJUST, EUROPOL e as UIFs (GULLY-HART, 2005, p. 28). Por fim, parte da doutrina traz também como via de cooperação jurídica internacional a via por qualquer interessado, em que a parte, quando autorizada pela legislação do Estado Requerido, lá pleiteia diretamente a realização de um meio de prova, submetendo-o a posterior legalização consular ou autenticação (CARVALHO RAMOS, 2018, p. 463)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Por outro lado, Denise Vaz e Fábio Bechara (2017, pp. 91-112) entendem não ser uma hipótese de cooperação jurídica internacional propriamente dita na medida e quem não se

As vias de cooperação jurídica internacional colocam em confronto a agilidade na tramitação dos pedidos de busca e apreensão de dispositivos de armazenamento de dados e o respeito à formalidade do procedimento, no sentido de um processo em contraditório.

De um lado, não se nega a relevância da celeridade na tramitação dos pedidos a fim de viabilizar a efetividade da investigação e persecução penal. De outro, as vias de cooperação não podem minar a transparência e possibilidade de participação e de controle pelas partes (CORDANI, 2008, p. 113 e ss).

Considerando ser a surpresa o elemento determinante para a efetividade da medida de busca e apreensão de dispositivos físicos que armazenam dados, não há conhecimento e contraditório prévio pela parte afetada pelo ato cooperacional. Porém, como corolário do exercício do processo em contraditório – garantia convencional e constitucional -, logo após a execução da medida de busca e apreensão, deve ser possibilitada a parte o contraditório diferido do ato cooperacional e o acompanhamento e controle do rito cooperacional, cuja duração perdura alguns meses após a realização do ato de busca e apreensão.

Aliás, a própria dispersão e imaterialidade dos dados digitais são características que reforçam a importância de se permitir o acompanhamento do rito cooperacional logo após a apreensão dos dispositivos físicos que armazenam dados digitais, para que a parte afetada possa acompanhar os procedimentos utilizados e verificar a completude e integridade dos dados, caso haja extração de dados já no Estado Requerido.

### 2.3 Os veículos

---

trata de uma relação Estado – Estado. A discussão, apesar de pertinente, foge ao escopo do presente estudo.

Por fim, os veículos de cooperação jurídica internacional traduzem as formas de execução de um pedido, *i.e.*, são os instrumentos processuais previstos pelo Estado, internamente, para que o pedido seja requerido ou executado.

Há uma discussão sobre os instrumentos processuais possíveis de serem utilizados para veicular pleitos cooperacionais de obtenção de dados armazenados em dispositivos físicos localizados em outro Estado. Em tese, a carta rogatória, o auxílio direto e o procedimento da equipe conjunta de investigação são veículos aptos a instrumentalizarem pedidos de cunho probatório.

Até pouco tempo, as cartas rogatórias reinavam como o veículo clássico para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional entre Estados, entre membros do poder judiciário, transmitidos pela via diplomática, para cumprimento de decisão jurisdicional estrangeira (ABADE, 2016, p. 11). Por herança histórica do Império e da Primeira República, não se admitiam cartas rogatórias passivas executórias para a execução de medidas no Brasil que impusessem gravame aos cidadãos ou bens brasileiros, as quais eram consideradas, *per se*, como atentatórias a soberania nacional (MADRUGA, 2006, p. 78 e ss).

O panorama alterou-se no início dos anos 1990. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, competente para realização do juízo de delibação até a alteração da EC nº 45/2004, passou a autorizar o *exequatur* a cartas rogatórias executórias amparadas em tratados internacionais.

A globalização e o aumento dos fluxos transfronteiriços, bem como o desenvolvimento da criminalidade transnacional, evidenciaram que a efetividade do conceito de soberania depende da complementariedade entre jurisdições (ABADE, 2016, p. 13). Como consequência, após a EC nº 45/2004, a alteração do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça realizada com a Resolução nº 9/2005, encerrou a polêmica ao prever expressamente

que “as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios”.

Paralelamente a isso, o Brasil também ratificou diversos tratados de cooperação jurídica internacional<sup>5</sup> que, visando dar mais celeridade aos trâmites cooperacionais e eliminar parte da burocracia do rito procedimental – o que Nadelmann (1985, p. 469) denominou de *excessivered tape* - trouxeram previsões específicas para veiculação de pedidos, inclusive meios de prova e meios de obtenção de prova, por auxílio direto, transmitidos pela via da Autoridade Central.

Após alguma hesitação doutrinária e jurisprudencial, firmou-se o entendimento, no julgamento da Reclamação nº 2.645 (2009), pelo Superior Tribunal de Justiça, de que a carta rogatória não detém o monopólio universal para veicular pedidos cooperacionais, sendo possível a sua convivência com o auxílio direto e com outros veículos de cooperação jurídica internacional.

Atualmente, há previsão não apenas convencional, mas também legal para que os atos de cooperação jurídica internacional para produção probatória sejam veiculados por carta rogatória (arts. 783 a 786 do Código de Processo Penal; arts. 36, 40, 960 e 965 do Código de Processo Civil; e arts. 216-O a 216-X do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça) ou auxílio direto (arts. 28 a 33 do Código de Processo Civil).

Nos casos em que o Brasil é o Estado Requerido, mantiveram-se as cartas rogatórias passivas para os casos em que o *exequatur* é necessário. Nesses casos, o Superior Tribunal de Justiça realiza o juízo de delibação, examinando o cumprimento de requisitos formais (autenticidade dos documentos encaminhados) e a conformidade entre a decisão estrangeira a ser cumprida no Brasil e a ordem pública e soberania brasileiras. Satisfeitos

---

<sup>5</sup>Entre outros, em nível multilateral (global e regional), a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, a Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional, a Convenção de Mérida contra a Corrupção, o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os membros do Mercosul, Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal.

os requisitos, emite-se uma ordem de “cumpra-se” para que a decisão estrangeira seja eficaz no Brasil (ARAÚJO, 2005, p. 67).

Já o auxílio direto passou a ser utilizado para pedidos provenientes de autoridades jurisdicionais e de autoridades não jurisdicionais que não contém uma decisão que demanda prévio *exequatur*. O auxílio direto é processado como se fosse um pedido cautelar para a realização de um meio de prova ou de obtenção de prova nacional e, nos casos em que a medida demanda autorização judicial, é submetido à apreciação (de mérito) do juízo federal de 1º grau<sup>6</sup>.

Apesar das previsões legais, como consequência da dualidade dos institutos, permanecem dúvidas sobre os atos que requerem a concessão de *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça, o que tem implicações nas hipóteses de cabimento do auxílio direto. No ponto que interessa ao presente estudo, a celeuma que se desenvolveu diz respeito a devida delimitação do alcance e aplicabilidade do auxílio direto para veicular medidas coercitivas a serem realizadas em território brasileiro, a exemplo de atos de busca e apreensão de dispositivos físicos que armazenam dados digitais.

Dois recentes casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (Recursos em Habeas Corpus nºs 102.322/RJ e 97.334/RJ) abordaram o cabimento da carta rogatória *vs.* auxílio direto precisamente para a realização de busca e apreensão em território brasileiro. O julgamento, unânime, foi no sentido de que o pedido tinha origem em pronunciamento jurisdicional de um juiz de instrução estrangeiro, sendo necessário, portanto, o juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça para a execução da medida no Brasil.

A decisão, entretanto, não trouxe um exame aprofundado do tema e tampouco solucionou as questões sobre o cabimento do auxílio direto ou da

---

<sup>6</sup> Apesar de divergências doutrinárias, o conceito de auxílio direto é definido por exclusão ao de carta rogatória passiva, nos termos do atual art. 28 do Código de Processo Civil (ABADE, 2016, pp. 9-25. BECHARA, 2011, p. 55. HILL, 2019, pp. 137-165).

carta rogatória para a realização de atos executórios de cooperação jurídica internacional probatória no Brasil.

Por fim, com a promulgação do Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados partes do MERCOSUL e Associados para a criação de equipes conjuntas de investigação (promulgado internamente pelo Decreto nº 10.452/2020), meios de obtenção de prova, entre os quais busca e apreensão, podem ser veiculados no bojo de um procedimento de equipe conjunta de investigação (SOUZA, 2020, p. 145 e ss). O seu dinamismo e agilidade, bem como a previsão de um guarda-chuva normativo (acordo de cooperação técnica) que autoriza a realização de várias medidas investigativas, adicionam mais elementos que precisam ser levados em conta na discussão sobre os veículos de cooperação jurídica internacional em matéria de prova e, especificamente, na apreensão de dados armazenados em dispositivos físicos.

### 3. Dados digitais armazenados em nuvens

Quando se pensa em *cloud computing* ou armazenamento de dados em nuvens, na internet, a sensação que se tem é de que tais informações estão guardadas somente no ciberespaço, intangíveis fisicamente e livre de fronteiras geográficas.

Em que pese ser esse o provável futuro do armazenamento de dados ainda não condiz com o presente. Atualmente, o que se consegue através da nuvem é uma facilidade para o acesso remoto a tais dados, os quais, todavia, ainda possuem uma versão física armazenada em, pelo menos, um local, em um servidor em um *data center* administrado por um provedor de serviços (*data farms*). E esse local não necessariamente coincidem com o Estado em que o usuário se encontra ou em que a empresa está sediada.

Além da localização extraterritorial dos *data centers*, o próprio dado digital, devido às suas características, pode ser em si *multi-territorial* ou *un-*

*territorial*, já que pode tanto se mover rapidamente entre Estados, quanto se dividir, para ser replicado e transmitido para vários locais diferentes. A Microsoft, por exemplo, é uma localizadora de dados, centralizando-os perto de onde o usuário está; já a google é uma balanceadora de carga, que divide e movimenta os dados entre locais menos carregados (NOJEIM, 2018, p. 180-181).

Ainda, existem técnicas de roteamento por camadas que tornam anônima a identificação e a localização dos usuários e, conseqüentemente, dos seus dados (a exemplo do *TOR – the onion router*). Como resultado, muitas vezes sequer se sabe onde os dados estão armazenados (*loss of location*) (ALLEN, 2019, p. 390; COE, 2016, p. 15).

O armazenamento de dados além das fronteiras do Estado em que estão os usuários, assim como as dificuldades de se determinar a própria localização de tais dados, desafiam os contornos clássicos da jurisdição estatal, suscitando dúvidas sobre as formas de se obter acesso a dados armazenados em nuvem.

Antes de abordar algumas das alternativas diferentes para o acesso aos dados digitais em nuvem, é necessário fazer um breve apêndice sobre o conceito de jurisdição e sua relação com a cooperação jurídica internacional.

### 3.1 Jurisdição e cooperação: uma relação de anterioridade

A jurisdição internacional de um Estado consiste no seu poder sobre pessoas, atos e bens, em geral localizados em seu território ou em espaços não submetidos a jurisdição de outro Estado (MANN, 1984, p. 20). Na década de 1930, a Corte Permanente de Justiça Internacional, no julgamento do *Caso do Estatuto legal da Groenlândia Oriental*, reconheceu que a jurisdição traduz uma das formas do exercício da soberania estatal.

Desde esse período, a possibilidade de exercício extraterritorial da jurisdição estatal já é debatida no âmbito dos tribunais internacionais.

Originalmente, no julgamento do célebre *Caso Lotus* (1928), a Corte Permanente de Justiça Internacional decidiu que os Estados somente não poderiam estender a aplicação das suas leis e jurisdição para atos ocorridos fora de seu território quando proibido pelo direito internacional. Ao longo dos anos, com o fortalecimento do direito internacional, o raciocínio inverteu-se culminando no entendimento de que é lícito o exercício extraterritorial da jurisdição somente quando autorizado pelo Direito Internacional (caso do mandado de prisão de 11 de abril de 2000, da Corte Internacional de Justiça).

A doutrina internacionalista clássica divide a jurisdição em três subespécies diferentes (RYNGAERT, 2008, p. 9). A jurisdição normativa, para prescrever ou criar regras de conduta social, a qual segue os princípios da territorialidade e nacionalidade, ressalvadas hipóteses em que o alcance extraterritorial da jurisdição para regulação social é admitido para a proteção de nacionais, de interesses estatais, dos efeitos dos atos ou nos casos de jurisdição universal. Já a jurisdição para adjudicar traduz a possibilidade de o Poder Judiciário de um Estado conhecer e julgar determinados casos. Por fim, a jurisdição para execução ou implementação é a expressão da clássica soberania estatal westfaliana, portanto, territorial, autorizando-se que um Estado execute suas regras no território de outro Estado (alcance extraterritorial) somente quando há prévio consentimento do Estado onde a ação ocorrerá. É precisamente a subespécie de jurisdição de execução que interessa ao presente estudo sobre a obtenção de dados digitais armazenados no exterior.

Nesse ponto, pode-se questionar se o exercício da jurisdição para execução de pedidos de acesso a dados armazenados em nuvem necessariamente significa uma jurisdição de execução, na medida em que não é necessário ingressar fisicamente no território de outro Estado para obter tais dados, já que existem situações em que a empresa (voluntaria ou

coercitivamente) entrega dados armazenados em outro Estado (Bellia, 2001, p. 36 e ss).

Contudo, levado ao extremo, caso não haja o cumprimento, por um provedor, do pedido de acesso, o Estado, como última medida, teria que determinar uma busca e apreensão física dos dispositivos que armazenam tais dados, nos *data centers*, os quais, por sua vez, não estariam localizados dentro das fronteiras territoriais daquele Estado.

Nesse panorama, a cooperação jurídica internacional surge quando a jurisdição para prescrever e a jurisdição para executar estão em descompasso, sendo necessário o auxílio entre dois Estados para a execução de uma medida (pré-processual, instrutória, probatória ou de execução) fora do seu território. Conforme sintetiza, em estudo clássico, Lowe (2003, p. 354): “If States wish to do more than they are able to do within the limits of the jurisdiction allowed to them, they must first seek the agreement and cooperation of other states”.

### 3.2 Dados armazenados em nuvens: diferentes soluções para acesso

As opções para acesso de dados localizados em nuvens além das fronteiras estatais englobam soluções diferentes.

Uma forma comumente utilizada, no Brasil, é o acesso remoto a tais dados a partir do aparelho ou do computador da própria pessoa investigada, após a sua busca e apreensão, com autorização judicial específica para acesso ao conteúdo do dispositivo. Entretanto, há casos em que não se sabe a identidade do investigado, ele não é encontrado, ou nos dispositivos fisicamente apreendidos não estão armazenados os dados que se pretende obter.

Outra forma é a adoção de uma solução consensual direta entre o Estado e um provedor de conteúdo ou de aplicação de internet para envio voluntário dos dados.

Por exemplo, as *big techs* americanas noticiam ter fornecido voluntariamente dados requeridos por Estados em várias situações. A Apple, por exemplo, disponibiliza a quantidade de pedidos recebidos de cada Estado, o tipo de dado requisitado e o percentual de pedidos atendidos. No caso do Brasil, entre julho e dezembro de 2020, a Apple recebeu 1.639 pedidos para fornecimento de dados sobre aparelhos (IMEI, número de série), tendo enviado dados em 84% dos casos; 6 para dados financeiros de usuários (cartão de crédito), tendo enviado dados em 33% dos casos; 1.453 dados do usuário da conta (ID de identificação da Apple, e-mail etc), tendo enviado dados em 85% dos casos; e 28 para dados em situações de emergência (sem especificação), tendo enviados dados em 100% dos casos (APPE, 2020; COE, 2016, p. 22 e ss).

Todavia, a opção de entrega voluntária empresa pode não se concretizar por uma série de motivos, que incluem razões técnicas dadas pelas empresas para não conseguir acessar os dados armazenados no exterior em subsidiárias e não cumprimento dos requisitos legais do Estado sede das empresas para obtenção de tais dados, entre outros.

Assim, desde que saiba onde efetivamente estão os data centers com as respectivas versões físicas, existem outras alternativas para obtenção de dados digitais armazenados em nuvem: cooperação jurídica internacional ou fixação de jurisdição do Estado.

Em âmbito internacional, o caso *Microsoft vs EUA* ilustra o embate entre ambas as soluções<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Sabe-se da existência de outros casos similares em outros Estados, a exemplo do caso *Yahoo vs Bélgica*. Escolheu-se o caso americano para ilustrar o problema já que são americanas as principais empresas que detêm dados de usuários brasileiros ou com impacto em fatos realizados no Brasil. Sobre o caso *Microsoft vs. EUA*, ver, entre outros, MADRUGA; FELDENS, 2016, pp. 49-70; ABREU, 2018, pp. 233-257.

Nos Estados Unidos admite-se a utilização de técnicas unilaterais para obtenção de dados localizados no exterior. Tal tradição norte-americana tem origens na década de 1980, no julgamento do caso *United States vs Nova Scotia*, em que se determinou judicialmente que um banco, localizado em Miami, fosse obrigado a produzir dados bancários existentes em uma filial nas Bahamas, sendo que a lei do país caribenho garantia o sigilo bancário aos seus clientes. A partir de então se desenvolveu a doutrina das *Nova Scotia Subpoenas* para unilateralmente obter provas no exterior, tendo como fundamento a jurisdição sobre pessoas (jurisdição *in personam*) que estejam em território americano (SCHULTHEIS, 2005, p. 563 e ss).

Em 2013, a doutrina foi utilizada para embasar uma ordem de busca e apreensão do conteúdo de e-mails de contas da Microsoft, armazenadas em seu *data center* localizado na Irlanda. A Microsoft contestou a decisão, dando início a uma batalha judicial entre a empresa e o Departamento de Justiça Americano, tendo, de um lado, o argumento da existência de jurisdição americana baseada no fato da empresa ser americana e poder acessar dados armazenados em uma subsidiária no exterior; de outro lado, o argumento de que obrigar a empresa a fornecer dados fisicamente armazenados no exterior caracterizaria uma tentativa de exercício de jurisdição extraterritorial de execução ilegal, sendo necessária cooperação jurídica internacional (via MLAT).

Em primeira instância, o ganho de causa foi em favor do Departamento de Justiça Norte-Americano. Já na Corte de Apelações do Segundo Circuito a decisão foi revertida, concluindo-se que, de acordo com o *Stored Communication Act*<sup>8</sup> (em vigor à época), a jurisdição seria fixada pelo local do ato de invasão de privacidade do usuário do e-mail da Microsoft, no caso, o local em que a informação está armazenada (fora dos Estados

---

<sup>8</sup>Aliás, o *Stored Communications Act*, em contrapartida, proibia que empresas sediadas nos Estados Unidos revelassem informações de usuários, independentemente de suas nacionalidades, sem ordem judicial emitida por tribunal americano.

Unidos). O caso foi parar na Suprema Corte Americana, todavia, perdeu objeto sem ser julgado com a promulgação do *Cloud act*<sup>9</sup>.

Já no Brasil, a ADC nº 51, pendente de julgamento, aborda o mesmo problema.

Desde 2013, há alguns precedentes no Superior Tribunal de Justiça (por exemplo o Inq 784/DF e o RHC 86.570/AM) em que se determinou multa diária ao provedor que não cumpria ordem judicial para entrega de dados, ao argumento de que tais dados estariam armazenados nos Estados Unidos, onde não se permite o afastamento de sigilo sem que seja emitida uma ordem especificamente por um juiz americano. As decisões foram no sentido de que o armazenamento dos dados no exterior, recebidos e remetidos por brasileiros em território nacional (sob jurisdição brasileira), seria uma decisão estratégico-empresarial, que permitiria uma transferência reservada (*interna corporis*) para a filial no Brasil, sem a necessidade de cooperação jurídica internacional.

O debate se intensificou com a promulgação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Diferentemente de outros Estados, o Brasil não exigiu que todos os atos relacionados ao processamento e guarda de dados sejam realizados dentro do Brasil, autorizando-se, por exemplo o armazenamento em *data center* no exterior. Por outro lado, o art. 11 também prevê que a realização de um dos atos (de coleta, armazenamento, guarda ou tratamento de registros, dados pessoais ou comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet) no país, atrai a incidência da lei brasileira. O §1º, do mesmo dispositivo complementa a aplicação da regra aos dados coletados no Brasil e ao conteúdo das comunicações, desde que um dos terminais esteja localizado no país.

---

<sup>9</sup> Sem a pretensão de descrever as hipóteses de incidência do *Cloud act*, suficiente resumir que se trata de solução, na perspectiva nacional americana, que prevê as condições para acesso aos dados, entre as quais se prevê que uma companhia sujeita à jurisdição de outro Estado seja objeto de um pedido de apresentação de dados sob seu controle, independentemente de onde estes dados estejam armazenados.

Nesse cenário, em 2017, a Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação (Assespro Nacional) propôs uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC nº 51) visando declarar a constitucionalidade de vários dispositivos do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos (MLAT), incorporado pelo Decreto nº 3.810/2001, referentes à obtenção de conteúdo de comunicação privada sob controle de provedores de aplicativos de internet sediados em território americano.

A ADC nº 51 não visa questionar a constitucionalidade do MLAT entre Brasil e Estados Unidos, mas discutir se subsidiárias brasileiras de provedores de internet podem ou não ser obrigadas a atender a pedido de juiz brasileiro para fornecer dados armazenados nos Estados Unidos. Em especial, aborda a dúvida sobre a fixação da jurisdição brasileira extraterritorial para acesso a dados armazenados no exterior ou a necessidade de recurso à cooperação jurídica internacional para a sua obtenção.

Enquanto a ação não é julgada, identificam-se ao menos duas vertentes doutrinárias. De um lado, alguns autores entendem que a decisão de armazenamento de dados no exterior, em locais com legislação mais protetivas aos usuários, é meramente empresarial, como estratégia de atrair mais consumidores, em linha com o entendimento dos supracitados julgados do Superior Tribunal de Justiça. O direito de acesso à justiça e a efetividade na persecução penal justificariam a hipótese de incidência da jurisdição brasileira de execução, fixada pelo local de coleta do dado, nos termos do art. 11 do Marco Civil da Internet, sendo dispensada a obrigatoriedade de cooperação jurídica internacional para obtenção de tais dados, os quais deveriam ser fornecidos pelas empresas mediante ordem judicial emitida por juízes brasileiros (CARVALHO RAMOS, 2021, p. 929-931).

De outro lado, parte da doutrina pontua que as filiais de provedores não necessariamente possuem acesso aos dados armazenados em outros

Estados e, mesmo quando possuem capacidade de abrir e baixar os dados em seu terminal, estão sujeitas à jurisdição do Estado em que está sediado o provedor e, sendo o Estados Unidos, a legislação americana proíbe que tais dados sejam compartilhados, exceto se existir uma ordem judicial emitida por um juiz americano.

Assim, obrigar os provedores de conteúdo a fornecer dados armazenados em *data centers* no exterior seria um exercício de jurisdição extraterritorial ilegal, sendo necessário utilizar o canal do MLAT (MADRUGA; FELDENS, 2016, p. 49 e ss).

A solução apresentada pela primeira corrente se aproxima à doutrina norte-americana das *Nova Scotia Subpoenas*, em que se força uma jurisdição de execução, com a imposição de multas, suspensão de serviço e pretensões de responsabilização criminal de diretores jurídicos de provedores de internet pelo crime de recusa de fornecimento de dados (art. 21 da Lei nº 12.850/2013)(MADRUGA; FELDENS, loc cit.).

Já a segunda corrente, ao privilegiar a cooperação jurídica internacional, com razão, critica argumentos meramente utilitários usados para afastar a via tradicional do MLAT (ZAGARIS, 1990, p. 339 e ss). A opção pela via da cooperação jurídica internacional possui relevância à luz do direito internacional, já que privilegia uma solução entre Estados, em respeito aos princípios clássicos da independência, igualdade e não-intervenção consagrados internacionalmente (Carta das Nações Unidas, art. 2º) e nas Constituições dos Estados (no Brasil, CR, art. 4º, incs. I, IV e V).

Não são inválidas as críticas à cooperação jurídica internacional para obtenção de dados digitais. A volatilidade e a mobilidade dos dados digitais demandam investigações mais ágeis e dinâmicas, as quais são especialmente impactadas pela lentidão e burocracia na tramitação dos MLATs<sup>10</sup>. Indaga-se se seria necessário contornar o uso da cooperação

---

<sup>10</sup> Segundo dados do Comitê da Convenção de Budapeste, de 2016, a média era de 24 meses. COE. Cybercrime Convention Committee. *Criminal justice access to electronic evidence in*

jurídica internacional ou se já existem ferramentas para tornar os mecanismos cooperacionais mais eficientes para a obtenção de dados digitais armazenados em nuvem.

Por fim, não se nega a possibilidade de que, no futuro, não tão distante, não se armazenem dados em território estatal e sim em espaços comuns (*global commons*) ou que efetivamente não se saiba onde estão armazenados os dados (*loss of location*), demanda o aprimoramento das soluções atuais, em sentido amplo, para o acesso a tais dados, inclusive sobre o local de armazenamento do dado como elemento de conexão para fixação da jurisdição de execução (LA CHAPELLE, 2016, p. 6 e ss).

#### 4. Considerações Finais

Sem pretensão de esgotar o tema, o que seria inviável pela complexidade, à título de conclusão, elencam-se algumas particularidades à apreensão de dados digitais armazenados no exterior e seus impactos em direitos dos envolvidos nos atos cooperacionais, motivo pelo qual requerem maior aprofundamento:

1. Os dados digitais são fluidos e facilmente transnacionais, o que impacta a relação entre Estados e também os direitos dos indivíduos envolvidos ou interessado (direta e indiretamente) na obtenção da prova e na sua posterior admissibilidade no processo.

2. Em regra, os pedidos de cooperação jurídica internacional para obtenção de dados digitais armazenados no exterior são executados de acordo com a lei do Estado em que estão armazenados, que, se ofensiva às garantias processuais penais brasileiras, pode gerar a inadmissibilidade da prova digital.

---

*the cloud: recommendations for consideration by the T-CY*. Final report of the T-CY cloud evidence group. Strasbourg, 2016. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/cybercrime> . Acesso em: 20.10.2021

3. As vias de cooperação jurídica internacional para transmitir os pedidos de obtenção de dados digitais armazenados no exterior devem viabilizar que a parte afetada acesse e acompanhe o rito cooperacional tão logo seja executada o pedido, possibilitando que conteste o cumprimento dos requisitos legais para a realização do ato e acompanhe as técnicas usadas para a preservação da integridade da prova digital em seu traslado ao Estado requerido.

4. A carta rogatória é o veículo de cooperação jurídica internacional aceito segundo entendimento jurisprudencial atual para instrumentalizar as medidas de obtenção de dados digitais armazenados em dispositivos no Brasil, o que, todavia, não resolve o dilema entre as hipóteses de cabimento da carta rogatório e do auxílio direto para atos de cooperação jurídica internacional de cunho executório.

5. A relação entre jurisdição de execução e de cooperação jurídica internacional é de complementariedade, eis que se o Estado não possui jurisdição para executar uma medida de obtenção de provas digitais, porque armazenadas fora do seu território, requer auxílio do Estado do local em que as provas se encontram para cumprimento da medida.

6. Dados digitais armazenados em nuvem podem ser entregues voluntariamente por provedores de conteúdo diretamente a Estados, em que pese tal alternativa seja sujeita à discricionariedade empresarial para cumprimento dos pedidos e tipo de dados encaminhados.

7. Até o julgamento da ADC nº 51 segue sem resposta definitiva a pergunta sobre qual é o mecanismo adequado para obtenção de dados digitais armazenados em nuvens de servidores norte-americanos, se via MLAT ou se via fixação da jurisdição de execução extraterritorial brasileira.

8. Diante da possibilidade de *loss of location* dos dados digitais, também é o momento de se discutir a substituição do princípio clássico da territorialidade por outro elemento de conexão para fixação da jurisdição de

execução sobre dados digitais, o que, a fim de evitar sobreposição e conflitos de jurisdição, deve ser formalizado em tratado internacional.

## Referências

ABADE, Denise Neves. Análise da Coexistência entre Carta Rogatória e auxílio direto na assistência jurídica internacional. In: Brasil. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. **Temas de cooperação internacional**. 2. ed., rev. e atual. Brasília: MPF, 2016, pp. 9-25.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ABREU, Jacqueline de Souza. Jurisdictional battles for digital evidence, MLAT reform, and the Brazilian experience. **Revista de Informação Legislativa**, a. 55, n. 220, out/dez. 2018, pp. 233-257.

ALLEN, Stephen. Enforcing Criminal Jurisdiction in the Clouds and International Law's Enduring Commitment to Territoriality. In: ALLEN, Stephen; COSTELOOE, Daniel; FITZMAURICE, Malgosia; GRAGL, Paul; GUNTRIP, Edward. (eds.). **The Oxford handbook of jurisdiction in international law**. Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 381-412.

ARAÚJO, Nadia de. **Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça. Comentários à Resolução nº 9/2005**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARMENTA DEU, Teresa, Algunas consideraciones sobre la valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, Whatsapp, redes sociales): perspectivas españolas y europea, In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZZI, Giovanni. (orgs.). **Dimenzione tecnologica e prova penale**. Torino: G. Giappichelli, 2018, p. 55-75.

BADARÓ, Gustavo. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. **Boletim IBCCRIM**, ano 29, n.º 343, jun. 2021, pp. 7-9.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELLIA, Patricia L. **Chasing bits across borders**. The University of Chicago Legal Forum, paper 454, 2001, pp. 36-101.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direitos Humanos**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CASTELLS, Manuel The information age: economy, **Society and culture**. v. I. 2nd Ed. Chichester: Blackwell Publishing Ltd, 2010.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Caso do mandado de prisão de 11 de abril de 2000, (Congo vs. Bélgica)**, j. em 14 fev. 2002.

COE. Cybercrime Convention Committee. Criminal justice access to electronic evidence in the cloud: recommendations for consideration by the T-CY. Final report of the T-CY cloud evidence group. Strasbourg, 2016. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/cybercrime>. Acesso em: 20 out. 2021.

CORDANI, Dora Cavalcanti. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal no Brasil: as cartas rogatórias e o auxílio direto – controle dos atos pela parte atingida. In: VILARDI, Celso, PEREIRA, Flávia Rahal Bresser, DIAS NETO, Theodomiro. **Crimes Econômicos e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva-FGV, 2008, pp. 109-138.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, **Caso do Estatuto legal da Groenlândia Oriental (Dinamarca c. Noruega)**, Série A/B 48, j. em 2 de agosto de 1932.

\_\_\_\_\_. **Caso Lotus (França vs. Turquia)**, Série A10, j. em 7 de setembro de 1927.

DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. In: **Revista de Informação Legislativa**, n. 90, abr.-jun. 1986, pp. 205-232.

GRINOVER, Ada Pellegreni. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 373, maio/jul. 2004, pp. 03-18.

GULLY-HART, Paul, Cooperation Between Central Authorities and Police Officials: The Changing Face of International Legal Assistance in Criminal Matters, **Revue Internationale De Droit Pénal**, vol. 76, 2005, pp. 27-48.

HILL, Flávia Pereira. A cooperação jurídica internacional no Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JR, Hermes; RODRIGUES, Marco Antonio; DIDIER JR, Fredie (Org.). **Cooperação Internacional**: Coleção Grandes temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 137-165.

LA CHAPELLE, Bertrand de. FEHLINGER, Paul. **Jurisdiction on the internet: from legal arms race to transnational cooperation**. Global Commission on Internet Governance, paper series n. 28, abril 2016.

LOWE, Vaughan. "Jurisdiction". In: EVANS, Malcom (Ed.). **International Law**. New York: Oxford University Press, 2003, pp. 329-355.

MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional. In: MACHADO, Maira Rocha; REFINETI, Domingos Fernando (orgs.). **Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 77-98.

\_\_\_\_\_. FELDENS, Luciano. Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais. In: **Brasil. Ministério Público Federal. Temas de cooperação internacional**. 2. ed., rev. e atual. Brasília: 2016, pp. 49-70.

MANN, Frederick Alexander. **The Doctrine of Jurisdiction Revisited after Twenty Years**. Recueil des Cours de l'Académie de La Haye, t. 186, 1984.

MCCLEAN, David. **International co-operation in civil and criminal matters**. Oxford: Oxford University

MITSILEGAS, Valsamis. The european model of judicial cooperation in criminal matters: Towards effectiveness based on earned trust. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 5, 2019, pp. 565-596.

NADELMANN, Ethan A. E. A. Negotiations in criminal law assistance treaties. **American Journal of Comparative Law**, vol. 33, n. 3, 1985, pp. 467-504.

NOJEIM, Greg. Reforma do sistema MLAT entre privacidade e eficiência: os dilemas do acesso transnacional a dados de usuários. In: ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza (eds). **Direitos fundamentais e processo penal na era digital**. vol. 1. São Paulo: InternetLab, 2018, pp. 178-198.

RYNGAERT, Cedric. **Jurisdiction in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SAADI, Ricardo A.; BEZERRA, Camila Colares. A autoridade Central no exercício da cooperação jurídica internacional. In: **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**. 1ª Ed. Brasília: MPF, 2012, pp.19-25.

SCHULTHEIS, Ned. Warrants in the Clouds: How Extraterritorial Application of the Stored Communications Act Threatens the United States Cloud Storage Industry.

**Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, vol. 9, n. 2., 2015, pp. 661-693.

SOUZA, Carolina Yumi de. **Cooperação Bilateral Brasil – EUA em Matéria Penal: Alcançando o Devido Processo**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. Equipes conjuntas de investigação e obtenção transnacional de elementos de informação. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Fepile Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). **Altos estudos sobrea prova no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2020, pp. 145-166.

STF, **ADC 51**, Rel. Min. Gilmar Mendes, pendente de julgamento.

STJ, **Inq 784/DF**, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 17.04.2013.

\_\_\_\_\_. **RHC 86.570/AM**, 5ª T., Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 27/08/2019.

\_\_\_\_\_. **Rcl 2645**, Corte Especial, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 18/11/2009.

\_\_\_\_\_. **RHC 102.322/RJ**, 6ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 12/05/2020.

VAZ, Denise; BECHARA, Fábio. Cooperação jurídica internacional: regime jurídico da comunicação espontânea. In: VAZ, Denise; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tome. (Org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**. Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. 1ed.São Paulo: LiberArs, 2017, v. 1, pp. 91-112.

ZAGARIS, Bruce. Developments in International Judicial Assistance and Related Matters, **Denver Journal of International Law & Policy**, vol. 18, n. 3, 1990, pp. 339-386.

Artigo recebido em: 30/03/2022.

Aceito para publicação em: 03/11/2022.