

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB**

NATÁLIA PEPPI CAVALCANTI

**ACESSO A DADOS ALÉM DAS FRONTEIRAS: A COOPERAÇÃO JURÍDICA
INTERNACIONAL COMO SOLUÇÃO PARA O (*APARENTE*) CONFLITO DE
JURISDIÇÕES**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

BRASÍLIA/DF

2019

NATÁLIA PEPPI CAVALCANTI

**ACESSO A DADOS ALÉM DAS FRONTEIRAS: A COOPERAÇÃO JURÍDICA
INTERNACIONAL COMO SOLUÇÃO PARA O (*APARENTE*) CONFLITO DE
JURISDIÇÕES**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como requisito parcial à obtenção do Grau do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientação: Professor Doutor Georges Abboud.

BRASÍLIA/DF

2019

NATÁLIA PEPPI CAVALCANTI

**ACESSO A DADOS ALÉM DAS FRONTEIRAS: A COOPERAÇÃO JURÍDICA
INTERNACIONAL COMO SOLUÇÃO PARA O (APARENTE) CONFLITO DE
JURISDIÇÕES**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Curso de Pós-graduação em Direito
Constitucional do Instituto Brasiliense de
Direito Público – IDP, como requisito parcial
à obtenção do Grau do título de Mestre em
Direito Constitucional.

Brasília, janeiro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

PROFESSOR DOUTOR GEORGES ABOUD

ORIENTADOR

PROFESSOR DOUTOR CARLOS AYRES BRITTO

MEMBRO DA BANCA EXAMINADORA

PROFESSOR DOUTOR LUIZ RODRIGUES WAMBIER

MEMBRO DA BANCA EXAMINADORA

*Ao meu marido Marcos Cavalcanti, por todo incentivo, companheirismo e amor;
Ao meu filho David, que esteve junto comigo em todos os momentos deste trabalho, literalmente.
A ambos serei eternamente grata!*

AGRADECIMENTOS

A conclusão do presente trabalho somente foi possível com o auxílio de familiares, professores e amigos. Alguns, listo aqui e agradeço especialmente.

Aos meus pais, *David e Cristina*, e a minha irmã *Rebeca*, com sincera admiração, pelos ensinamentos, apoio, amor incondicional e todo o esforço empreendido para a minha formação como pessoa e profissional;

Ao meu marido e também Professor *Marcos Cavalcanti*, por ser meu maior exemplo, me inspirar, me aceitar e me amar e, sobretudo, por me dar seu alento, sempre que preciso;

Aos meus sogros, *Romero e Tereza*, por seu valioso apoio e pela ternura;

Ao Professor e orientador *Georges Abboud*, a quem tenho grande admiração, pela oportunidade, fundamental motivação e maior incentivador desse trabalho, bem como por sua compressão, paciência e amizade. *Muito obrigada por sua confiança!*

Ao Professor *Carlos Ayres Britto*, pela inspiração diária e ensinamentos sobre Direito e Vida, *com V maiúsculo!*

Ao Professor *Luiz Rodrigues Wambier*, grande jurista, fonte de inspiração, pelos ensinamentos em sala de aula, mas também fora dela, principalmente sobre humildade;

Aos amigos e excelentes profissionais do escritório *Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia*, a quem devo parte do meu desenvolvimento profissional e acadêmico;

Aos meus *queridos amigos do curso de mestrado*, que sempre me incentivaram a seguir em frente, na confiança que eu poderia chegar lá;

Ao corpo docente do *Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP*, pelo diligente apoio dados aos alunos.

*“Land was the raw material of the agricultural age.
Iron was the raw material of the industrial age.
Data is the raw material of the information age.”*
(Alec Ross: The Industries of the Future)

*“Terra era a matéria prima da Era Agrícola.
O ferro era a matéria prima da Era Industrial.
Os dados são a matéria-prima da Era da
Informação.”*
(Tradução livre)

RESUMO

O presente trabalho pretende examinar e abordar a importância da Cooperação Jurídica Internacional no cumprimento das decisões judiciais (*law enforcement*) envolvendo a transmissão extraterritorial de dados eletrônicos. Examina-se as consequências jurídicas desse fenômeno, a partir da análise da evolução da ordem internacional contemporânea, observando os aspectos da globalização, bem como a evolução para sociedade informacional até a atual sociedade dataísta, ou seja, uma sociedade calcada na geração e monetização de dados eletrônicos e que necessitam de tutela jurisdicional. Diante disso, analisa-se as relações entre território, soberania dos Estados e a necessidade de diálogo entre os ordenamentos jurídicos, da teoria do transconstitucionalismo ao Estado Constitucional Cooperativo, para a compreensão da importância dos mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional na atualidade. A aplicação extrema do princípio de territorialidade e o exercício da soberania em escala global colocaram a sociedade atual em um caminho perigoso. Nesse contexto, a Cooperação Jurídica Internacional passa a ser peça chave no aparente imbróglio jurídico necessitando o estudo dos seus principais aspectos. A realidade digital do Século XXI, porém, também representa um desafio para os meios tradicionais de Cooperação Jurídica Internacional e revela a existência de uma lacuna que pode ser preenchida usando a proceduralização. A preservação da natureza global da Internet, o combate aos ilícitos cometidos online e o estabelecimento de interoperabilidade processual e devido processo legal internacional exigem mecanismos inovadoras de cooperação, os quais precisam demonstrar as mesmas características transnacionais da própria Internet.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional – Direito Processual Civil - Direito Processual Internacional – Cooperação Jurídica Internacional – Direito Digital.

ABSTRACT

The purpose of this work is to present a study about international legal cooperation in cases involving law enforcement access to data across borders. From the analysis of the evolution of international order, exam the aspects of globalization and the evolution of information society to the current data society, a society based on the generation and monetization of data, exams the legal consequences of this phenomenon. In this context, the relation between principle of territoriality, sovereignty and relation between judicial systems, transconstitutionalism theory and Cooperative State, will be analyzed in order to understand the mechanisms of International Legal Cooperation. The extreme application of the principle of territoriality and the exercise of sovereignty on a global scale have put current society on a dangerous path. International Legal Cooperation becomes a key element in this cases. Twenty-first century digital realities challenge traditional modes of international legal cooperation, revealing an institutional gap that may be solved by proceduralization. Preserving the global character of the Internet, fighting illicit online behaviour, and establishing procedural interoperability and due process across borders demand innovative cooperation mechanisms that are as transnational as the Internet itself.

KEYWORDS: Constitucional Law – Civil Procedural Law – International Procedural Law – International Legal Cooperation – Cross-border Internet – Digital Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A ORDEM INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA	16
1.1 A Globalização.....	16
1.2 A Sociedade Informacional e o Mundo Codificado.	18
1.3 A Sociedade <i>Dataísta</i>	22
2. A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA	25
2.1 Soberania: conceito e redimensão no plano internacional.....	26
3.1.1 Soberania na Constituição da República de 1988	32
3.1.2 Soberania e Território (ou princípio da territorialidade).....	35
2.2 Diálogos Constitucionais – O Transconstitucionalismo entre Ordens Jurídicas.	39
2.3 Estado Constitucional Cooperativo	46
3.3.1 Estado Constitucional Cooperativo na Constituição da República de 1988.....	50
3. A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL	54
3.1 Cooperação Jurídica Internacional: conceito.	56
3.2 Finalidade da Cooperação Jurídica Internacional	61
3.3 Classificações da Cooperação Jurídica Internacional.....	63
3.4 Estrutura básica da Cooperação Jurídica Internacional.....	66
3.4.1 Sujeitos da Cooperação Jurídica Internacional	67
3.4.2 Vias de comunicação Cooperação Jurídica Internacional.....	67
3.4.3 Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional.....	71
3.4.4 Pedidos de Cooperação Jurídica Internacional	71
3.5 A Cooperação Jurídica Internacional no Código de Processo Civil de 2015.....	75
3.5.1 Princípios da Cooperação Jurídica Internacional	77
3.5.2 Objeto da Cooperação Jurídica Internacional	80
3.5.3 Instrumentos da Cooperação Jurídica Internacional	81
3.5.3.1 Auxílio Direto.....	82
3.5.3.2 Carta Rogatória.....	87
4. O PAPEL DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS (LAW ENFORCEMENT) ENVOLVENDO A TRANSMISSÃO EXTRATERRITORIAL DE DADOS ELETRÔNICOS	93
4.1 A discussão no panorama internacional.	100
4.1.1 Critérios para a determinação da jurisdição: panorama internacional	100
4.1.1.1 A localização do usuário: o caso Zippo.....	102
4.1.1.2 A localização do usuário: outros critérios para jurisdição.....	105
4.1.1.3 A localização dos servidores: o caso United States vs. Microsoft Inc. (<i>Microsoft - Ireland</i>).....	107
4.1.1.4 O local onde a sede da empresa que fornece os serviços for constituída	113

4.1.1.5	Decisões favoráveis à localização da sede da empresa como critério para definição da jurisdição aplicável	118
4.1.1.6	Decisões contrárias à localização da sede da empresa como critério para determinação da jurisdição aplicável.....	119
4.2	O Contexto Brasileiro.....	122
4.3	O Funcionamento do Setor da Tecnologia da Informação.....	125
4.3.1	Dados: conceito jurídico e proteção constitucional.....	125
4.3.2	Dados x Metadados.....	128
4.3.3	Quem controla os dados e onde estes se localizam fisicamente? ..	131
4.3.4	A lei aplicável: o ordenamento jurídico americano ao qual se submetem os provedores de aplicações de internet estabelecidos nos Estados Unidos da América	133
4.4	O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)	134
4.5	A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira ('LGPD')	136
4.6	Mutual Legal Assistance Treaties ("MLAT")	140
4.7	The Clarifying Overseas Use of Data Act ('CLOUDd Act')	142
4.8	Proceduralização e a Criação de uma Cooperação Transnacional	146
	CONCLUSÃO	154
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	160

INTRODUÇÃO

Inspirada pelos desafios que a atual sociedade informacional e *dataísta*, inerentemente hiperglobalizada, traz ao modelo jurídico tradicional, o presente trabalho procura examinar e abordar a importância da Cooperação Jurídica Internacional no cumprimento das decisões judiciais (*law enforcement*), envolvendo a transmissão extraterritorial de dados eletrônicos.

O estudo parte da análise da evolução da ordem internacional contemporânea, examinando os aspectos da globalização e a evolução para sociedade informacional até a atual sociedade *dataísta*, ou seja, uma sociedade calcada na geração e monetização de dados eletrônicos, os quais necessitam de tutela jurisdicional.

Diante dessa nova ordem social, surgiu a ideia de que a Internet seria uma “terra sem lei”: o ciberespaço seria, então, uma sociedade separada do Estado. Passou-se a disseminar a ideia de que a *Internet* era um verdadeiro território livre.

Ainda que diversos estudiosos e ativistas defendam ser a *Internet* - e seu fluxo de dados - um território livre, desvinculado de quaisquer Estados e por nenhum deles controlado, como defendido por John Perry Barlow¹, a Internet é sim objeto incontornável do Direito, aplicando-se a ela conceitos jurídicos, como jurisdição, conflito de leis, soberania.

A ordem jurídica internacional contemporânea passa, então, a desafiar o Direito e a exigir uma nova ordem constitucional, transnacional, interligada e interdependente. Assim, a ordem jurídica e o Estado sofrem um processo de internacionalização com a intensificação dos processos em contextos internacionais, com as intensas relações transnacionais, o que debilita os poderes do Estado-Nação contemporâneo. Isso implica em grandes repercussões para o âmbito do Direito, que precisa acompanhar a dinâmica evolutiva das relações jurídicas sociais.

¹*A declaration of independence of Cyberspace* - Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>: A internet foi consagrada como uma força democratizante, descentralizada, sem limites territoriais e imune ao controle estatal. Leis poderiam ser sancionadas, mas não teriam eficácia (*enforcement*).

Convém destacar que as fronteiras geográficas, cada vez mais ligadas a aspectos meramente simbólicos, não representam grande obstáculo à livre circulação pessoas, serviços, bens, capital, informação e principalmente – de dados. A sociedade informacional, por sua vez, permite que os dados sejam transmitidos instantaneamente, dando origem às redes sociais virtuais em níveis locais, regionais e globais. A conexão entre Direito e território, e também entre Direito e Estado, sofre um forte abalo.

Diante desse cenário, é necessário analisar as relações entre território, soberania dos Estados e a necessidade de diálogo entre os ordenamentos para a compreensão da importância dos mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional na ordem global contemporânea. Afinal, globaliza-se a sociedade na mesma medida em que se globalizam os problemas.

Como tentativa de solução para as novas questões jurisdicionais, surgem teorias, como o Transconstitucionalismo entre Ordens Jurídicas e o Direito Constitucional Cooperativo, que, em última análise, defendem a necessidade cada vez maior de integração das ordens jurídicas. Os Estados Constitucionais passam, assim, a entrar em uma nova fase de relações internacionais, na qual a cooperação é fundamental.

Dentro um cenário de intensificação das relações entre as nações e seus povos, a efetividade da justiça, seja no âmbito comercial, social ou informacional, demanda cada vez mais um Estado proativo e colaborativo.

Além disso, uma vez que os Estados soberanos somente podem fazer valer suas leis, atos e decisões judiciais nos limites de sua contingência territorial, naturalmente surge a necessidade de um Estado cooperar com o outro para que possa ver efetivados seus próprios interesses e, principalmente, os de seus jurisdicionados.

Assim, um dos grandes problemas atuais é a legitimidade da produção de efeitos extraterritoriais por normas e decisões estrangeiras, tendo em vista as

implicações e correlações específicas entre Direito, Estado, democracia e território, agitadas numa sociedade baseada em dados eletrônicos.

A Cooperação Jurídica Internacional passa a ser, portanto, peça chave nesse aparente imbróglio jurídico. Desse modo, o trabalho que ora se desenvolve examina os principais aspectos relativos à cooperação jurídica internacional.

Em observância à Constituição e ao Estado Constitucional Cooperativo, verifica-se uma crescente preocupação do Estado brasileiro com a Cooperação Jurídica Internacional. Há novos contornos da inserção internacional do país em razão da intensificação das relações entre os Estados, seja no âmbito comercial, social ou informacional. Tão grande a importância do tema para o Brasil que, recentemente, em 10 de janeiro de 2019, o Itamaraty anunciou a criação da Secretaria de Assuntos de Soberania Nacional e Cidadania, a qual tratará de temas como Cooperação Jurídica Internacional, política migratória, defesa, ilícitos transnacionais, entre outros.

Também a promulgação do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, reservou um capítulo específico e significativo para tratar da Cooperação Jurídica Internacional, estabelecendo normas aos mecanismos e instrumentos cooperacionais de importante impacto sobre a temática no Brasil.

São feitas, assim, considerações sobre a Cooperação Jurídica Internacional, delineando-se o conceito, a finalidade, classificações, a estrutura básica comum às diversas espécies cooperacionais e, por fim, os principais aspectos relacionados à figura da cooperação internacional, conforme delineada pelo Código de Processo Civil de 2015.

Após essa análise, o trabalho passa então ao tema central: como responder nesse contexto diversificado e plural quanto a estabelecer alternativas para solução de litígios envolvendo usuários sediados em distintos países, servidores, plataformas ou base de dados localizados no estrangeiro? Como se deve cumprir as decisões judiciais envolvendo a transmissão extraterritorial de dados eletrônicos? Quais medidas tipicamente estatais, como as baseadas no processo civil, criminal,

administrativo, podem ser adotadas dentro de um ambiente de cooperação jurisdicional compartilhada? Como preservar a natureza global da internet enquanto se respeitam os sistemas jurídicos nacionais?

As respostas não são fáceis. No entanto, parecem poder ser encontradas em uma (re)leitura da própria definição conceitos e consensos jurídicos entre os vários atores do direito internacional, público e privado. A necessidade de respeito às garantias fundamentais do processo civil transnacional e aos direitos humanos inspiram o alcance e a efetividade das medidas de obtenção de dados eletrônicos de aplicações de internet no estrangeiro.

É nesse contexto que alguns pesquisadores entendem que se está diante de uma verdadeira revolução no que diz respeito ao acesso das autoridades judiciais aos dados através das fronteiras dos Estados-nação. Dessa forma, o problema examinado no presente trabalho reflete as preocupações existentes quanto à tomada unilateral de soluções pelos países ao redor do mundo e os perigos que tais medidas podem ocasionar.

Vários Estados estão considerando (ou já determinaram) o requerimento de dados localizados fora de sua jurisdição, persuadindo empresas a cumprirem ordens de entrega de dados localizados fora de sua soberania, sem a utilização dos competentes mecanismos de cooperação jurídica internacional.

Ademais, sob a principal justificativa do tempo para obtenção e acesso aos dados localizados fora da jurisdição, vários países, inclusive o Brasil, agem, muitas vezes, de forma unilateral, obrigando a entrega de dados sem o devido processo legal. Em resposta a esse movimento, a preocupação com essa conduta vem ganhando corpo, diante do aumento do número dessas situações. As empresas provedoras de serviços na Internet estão cada vez mais presas no meio da seguinte situação: são forçadas a escolher, de um lado, entre as leis de uma nação que busca a produção de dados e, de outro, das leis de outra nação que proíbe tal produção. Tudo isso, porém, parece desafiar alguns institutos básicos do Direito.

Logo, o trabalho busca examinar os diferentes tratamentos dados à matéria no panorama internacional, analisando as distintas decisões sobre o tema, sob variados critérios para a determinação da jurisdição, desde de soluções jurídicas proferidas nos Estados Unidos da América, passando pela Europa, até a Suprema Corte Australiana.

Após, passa a examinar o contexto brasileiro, analisando o conceito jurídico de dados eletrônicos, a proteção constitucional e legal, como prevista no Marco Civil da Internet, na Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira (“LGPD”), diferenciando os dados dos metadados.

No intuito de apresentar soluções ao problema posto, o trabalho examina o acordo de assistência mútua entre Brasil e os Estados Unidos da América, o *Mutual Legal Assistance Treaty* – MLAT, e o *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* - CLOUD Act, ainda em fase de estudos pelo governo brasileiro.

Por fim, a pesquisa procura examinar, ainda que brevemente, a proceduralização como elemento para funcionalizar o Direito na complexidade contemporânea e assegurar à prestação jurisdicional mecanismos mais sofisticados e efetivos para o enfrentamento de problemas complexos. Nesse contexto, surge a ideia da Cooperação Transnacional que, diferente da cooperação jurídica internacional tradicional, envolvendo apenas os Estados, envolveria atores tanto públicos, quanto privados, em constante debate, sem procedimentos padronizados, mas com a transparência necessária a garantir segurança jurídica a todos os envolvidos.

1. A ORDEM INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA

1.1 A Globalização

“(...) a política da vida trata de questões que surgem de processos de efetivação do eu em contextos pós-tradicionais, onde influências globalizantes penetram profundamente no projeto reflexivo do eu, e inversamente onde processos de realização do eu influenciam estratégias globais”².

‘A modernidade é inerentemente globalizante’. Os avanços tecnológicos das últimas décadas interligaram o planeta; as distâncias estão menores, o tempo e o espaço já não possuem mais o significado que tinham no passado.

Analisando esse fenômeno, Anthony Giddens explica a mudança de concepção entre as ordens sociais tradicionais e modernas. No contexto tradicional, identidades são formadas dentro de comunidades fixas; a sociedade moderna, ao contrário, é caracterizada pela ausência de referenciais tradicionais que fundamentam a vida nos parâmetros institucionais do mundo social mais amplo. Essa condição possibilita encontros com “fronteiras abertas³”, aparentemente não fundamentadas em sistemas normativos.

Para Giddens, o surgimento dos meios de comunicação modernos, as relações sociais e os recursos simbólicos que as sustentam se tornam ‘desencaixados’ de contextos locais, de tal modo que a organização social moderna pressupõe a coordenação precisa das ações de muitos seres humanos fisicamente ausentes uns dos outros; “o quando destas ações está ligado diretamente ao “onde”, mas não, como em épocas pré-modernas, através da mediação do lugar”⁴. Giddens explica, assim, a globalização como o resultado da capacidade de mecanismos de desencaixe de organizar conexões sociais através de setores indefinidos de espaço-

² Giddens, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 214

³ Giddens, Anthony. *Op Cit.* p. 148

⁴ Giddens, Anthony. *Op Cit.* p. 17-21

tempo⁵. Trata-se, portanto, de um processo simultâneo de transformação da subjetividade e da organização social global.

Para Giddens, a globalização implica na intensificação de relações sociais mundiais, da comunicação e da reflexividade sobre seus receptores. Sem isso, a globalização não tem nenhum significado no mundo contemporâneo. Daí surge a necessidade de criação e adoção de novas tecnologias⁶: a mídia moderna permite que a massa da sociedade experimente fenômenos de grande diversidade em espaço-temporais amplamente separados.

Nesse contexto, a transformação do espaço-tempo pode ser observada concretamente ao se examinar a mudança da experiência social, no sentido de um ‘tempo instantâneo’, unificando o espaço: o surgimento da Internet como o novo “espaço-tempo”, social e político.

Conforme a previsão de Marshall McLuhan, o mundo como ‘aldeia global’⁷ tem cada dia mais interações instantâneas e internacionais. Além disso, é incontestável que os avanços tecnológicos gerados a partir da popularização da internet provocaram uma profunda alteração de paradigma: atualmente, a informação é cada vez mais produzida e disseminada em larga escala e inúmeros meios.

A evolução das comunicações e a absorção das ferramentas tecnológicas disponíveis na atualidade possibilitam contatos sociais em escala global. Qualquer fato social significativo passa a ser conhecido imediatamente em todos os continentes, produzindo modificações em âmbito global e homogeneizado⁸.

⁵ Giddens, Anthony. *Op Cit.* p. 155 – Nota: Giddens usa a expressão *time-space*. No entanto, a expressão “*time-space*” é traduzida para o português como “espaço-tempo”.

⁶ Giddens, Anthony. *Runaway World*, Cambridge: Polity

⁷ O conceito de aldeia global foi desenvolvido por Marshall McLuhan na década de 60, como forma de explicar os efeitos da comunicação de massa sobre a sociedade contemporânea. De acordo com sua teoria, a abolição das distâncias e do tempo, bem como a velocidade cada vez maior que ocorreria no processo de comunicação em escala global, nos levaria a um processo de retribalização, no qual barreiras culturais, étnicas, geográficas, entre outras, seriam relativizadas, nos levando a uma homogeneização sociocultural. Nesse caso, imaginava ele, ações sociais e políticas, por exemplo, poderiam ter início simultaneamente e em escala global e as pessoas seriam guiadas por ideais comuns de uma “sociedade mundial”.

⁸ Marshall, Herbert. *A revolução na comunicação*. 2.Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1971

Atualmente, a menor distância entre duas pessoas localizadas em pontos opostos do globo é apenas uma *tecla* de computador ou um *smartphone*. A internet reduziu o mundo a apenas um clique de distância e as fronteiras físicas estabelecidas pelos Estados perderam a sua importância. Dessa forma, o mundo está menor, interligado física e eletronicamente.

1.2 A Sociedade Informacional e o Mundo Codificado

O novo modelo de se relacionar inspirou o sociólogo espanhol Manuel Castells, uma das vozes mais lúcidas e respeitadas no campo das ciências sociais, a cunhar a expressão “sociedade da informação” ou “sociedade em rede”, como resultado da transformação da sociedade internacional. Sua obra tem trazido o tema desde a década de 1980, sendo a trilogia “*The Information Age: Economy, Society and Culture: Volume I. The Rise of the Network Society; Volume II. The Power of Identity & Volume III. End of Millennium*” um dos marcos mais importantes⁹.

A sociedade informacional tem origem no entrelaçamento de três processos independentes: a revolução tecnológica, a crise do capitalismo e do dirigismo estatal, bem como a reestruturação desses dois elementos e, finalmente, a atuação de movimentos sociais e culturais com foco em direitos difusos, como o feminismo e o ambientalismo. O cruzamento ou a coincidência desses três processos se deu no fim dos anos 1960 e meados de 1970. Daí surge uma sociedade global interligada e interdependente, uma sociedade em rede¹⁰.

Para o autor, a sociedade em rede é o resultado da desconstrução da sociedade industrial hierarquizada do início do século passado e da criação de novos polos de influência, baseados em valores da comunidade internacional.

Essa sociedade tem nas informações – *ou nos dados* – sua base (i)material. As relações sociais, quer sejam as de poder, quer sejam as de produção ou as de outras ordens, são pautadas pela capacidade de movimentação e compreensão de

⁹ Cavalcanti, Natália Peppi. *Comentários sobre Sociologia e Direito na Sociedade Informacional in Tecnologia Jurídica e Direito Digital*. Ed. Fórum, 2017. p. 373.

¹⁰ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro, Zahar Ed., 2003, p. 28-29.

informações que, por sua vez, assumem formas intangíveis¹¹. Assim, o *informacionalismo* se sedimenta, em termos sociais e econômicos, como o paradigma da nova ordem social:

Surge um quadro complexo referente ao processo de desenvolvimento histórico da nova economia informacional. Essa complexidade explica porque dados estatísticos altamente agregados não conseguem refletir diretamente a extensão e o ritmo da transformação econômica sob o impacto das transformações tecnológicas. A economia informacional é um sistema socioeconômico distinto em relação à economia industrial, mas não devido a diferenças nas fontes de crescimento de produtividade. (...) *O que é característico é a consequente realização do potencial de produtividade contido na economia industrial madura em razão da mudança para um paradigma tecnológico baseado em tecnologias da informação.*¹²

A tecnologia expressa a capacidade de uma sociedade impulsionar o desenvolvimento de suas forças produtivas. A *“nova sociedade que surge desse processo de transformação é capitalista e também informacional, embora apresente uma variação histórica considerável nos diferentes países, de acordo com a sua história, cultura, instituições e relação específica com o capitalismo global e a tecnologia informacional”*¹³.

Assim, o uso intensificado de recursos informacionais na sociedade contemporânea possibilita um acesso a múltiplos meios de informação e comunicação, que, além de causarem uma verdadeira transformação social, fizeram surgir uma sociedade baseada no consumo de informações, daí o nome “Sociedade da Informação” ou “Sociedade Informacional”.

Castells defende que está em curso uma verdadeira revolução tecnológica, cujo núcleo se refere às tecnologias da informação, processamento e comunicação.

¹¹ A forma de armazenamento e gerenciamento de informações e dados que mais se alinha à ideia de intangibilidade é a *nuvem*. Nesse espaço, centenas de milhares de *terabytes* viajam por toda a superfície terrestre com os dados e informações de pessoas, empresas e governos, que não mais necessitam investir em espaço físico para esse tipo de armazenagem, o HD (*hard disk*).

¹² CASTELLS, *Op Cit.* p. 140-141.

¹³ CASTELLS, Manoel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede*. Vol. I. 19 Edição. Ed. Paz e Terra, 2016

Por tecnologias da informação, entendem-se as tecnologias em microeletrônica, computação, telecomunicações, além da engenharia genética.

Segundo ele, a sociedade que emerge dessa revolução tecnológica é a “*sociedade em rede*”, que se caracteriza não pela centralidade de conhecimento e informação, mas pela “*aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso*”¹⁴.

Isso significa que a nova tecnologia da informação tem uma capacidade ininterrupta de difusão, na medida em que os próprios usuários dela se apropriam, redefinindo-a. Exatamente disso que decorre a diferença dessa tecnológica, ou seja, a possibilidade de que os usuários se tornem criadores, podendo assumir o controle da tecnologia, como no caso da internet¹⁵.

Para o filósofo Vilém Flusser, é possível indicar o momento cultural de uma civilização recorrendo às categorias de sociedade “pós-histórica” e “sociedade pós-industrial”. Fenômenos ocorridos no momento em que a imagem técnica ocupa o lugar da escrita - o que acontece no fim do século XIX, com o surgimento da fotografia - trazem novas formas de se relacionar com as imagens, como a virtualização.

O mundo codificado é uma elaboração teórica em que Flusser sentencia que “*o significado geral do mundo e da vida em si mudou sob o impacto da revolução na comunicação*”¹⁶. Para ele, as novas gerações se identificam *no mundo* e identificam *o mundo* por meio de um *outro* código, o código da imaginação tecnológica. As imagens, as cores, as formas, os suportes e os significados das informações que circulam entre nós distinguem um mundo *tecnoimaginário*:

Isso é o que consideramos “crise dos valores”: o fato de termos retornado do mundo linear das explicações para o mundo

¹⁴ CASTELLS, Manoel. *Op Cit.* 2016. p.50.

¹⁵ CASTELLS, Manoel. *Op Cit.* 2016. p.51.

¹⁶ FLUSSER, Vilém. *O mundo codificado: por uma filosofia do design e da comunicação*. São Paulo: Cosac Naif, 2007, p. 127.

tecnoimaginário dos “modelos”. Não é o fato de as imagens eletrônicas se movimentarem, nem o de serem “audiovisuais”, nem o fato de irradiarem nos raios catódicos que determina sua novidade revolucionária, mas o fato de que são modelos, isto é, significam conceitos. Um programa de TV não é uma cena de uma circunstância, mas um “modelo”, a saber, uma imagem de um conceito de uma cena. Isso é uma “crise” porque, com a superação dos textos, os antigos programas (por exemplo a política, a filosofia, a ciência) serão anulados, sem que sejam substituídos por novos programas.¹⁷

É um novo método de pensar e escrever que surge em decorrência da informática e da manipulação dos aparelhos nos quais são alocados novos sinais através dos campos computacionais: o código binário. Na perspectiva de Flusser, a sociedade do futuro se divide em duas classes: “a dos programadores e a dos programados”, que convivem em um mundo através de códigos e técnicas¹⁸. Se for levado em consideração que o programar se desprende da escrita, o pensamento não necessita mais de uma língua falada para se fazer existir.

O objetivo da reprodução dessa ideia está associado à compreensão de que uma sociedade informacional não transforma somente as relações socioeconômicas e de poder, como acentua Castells. Antes, altera a percepção das pessoas em seus processos identitários mais íntimos, na maioria das vezes negligenciados pela velocidade das transformações.

A sociedade informacional, enfim, também se faz operar pela movimentação de imagens (em que pesem o simbolismo de suas interfaces), como transmite Flusser¹⁹.

O conceito castelliano de sociedade informacional, articulado com o mundo codificado de Vilém Flusser, indica o pressuposto ideal para as elucubrações propostas no presente trabalho. Realizando uma articulação entre o mundo

¹⁷ FLUSSER, *Op Cit.* p. 136.

¹⁸ FLUSSER, *Op. Cit.* p. 64.

¹⁹ Flusser define código como “um sistema de símbolos. Seu objetivo é possibilitar a comunicação entre os homens. Como os símbolos são fenômenos que substituem (‘significam’) outros fenômenos, a comunicação é, portanto, uma substituição: ela substitui a vivência daquilo a que se refere. Os homens têm de se entender mutuamente por meio dos códigos, pois perderam o contato direto com o significado dos símbolos” p. 130.

codificado de Flusser e a sociedade informacional de Castells, chega-se à ideia de *sociedade dataísta*.

1.3 A Sociedade *Dataísta*²⁰

Segundo o conceito de *dataísmo* de Yuval Harari²¹, o mundo atualmente consiste em um intenso fluxo de dados e o valor de qualquer fenômeno ou entidade é determinado por sua contribuição ao processamento de dados²². Nesse contexto, o *dataísmo* oferece tecnologias inovadoras, além de poderes inéditos e imensos, tanto para políticos, como para grandes corporações e cidadãos comuns²³.

Os cientistas políticos também interpretam, cada vez mais, as estruturas políticas como sistemas de processamento de dados, ou seja, como o capitalismo e o socialismo, ou as democracias e as ditaduras, são essencialmente mecanismos que competem em recolher, reunir e analisar informações.

No *dataísmo*, não se pode deixar nenhuma parte do Universo desconectada da rede da vida. “*Bloquear o fluxo de dados torna-se o maior pecado*”²⁴, isto é, impedir o fluxo de dados é impedir o fluxo de informações. Nesse sentido, para Harari, é possível afirmar que o *dataísmo* é o primeiro movimento, desde 1789, a criar um valor realmente novo, o da liberdade de informação²⁵.

A *sociedade dataísta*, pós-capitalista e hiperglobalizada, é calcada na geração e monetização dos dados, além de dependente destes. Tal constatação é reforçada

²⁰ Ideia transplantada do capítulo “A religião dos dados”: Harari. Yuval Noach. *Homo Deus: Uma breve história do amanhã*. Título original: *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow*. Companhia das Letras, 2018, p. 370-399.

²¹ Harari. Yuval Noach. *Op. Cit.* p. 370-399

²² Hidalgo. César. *Why Information Grows: The Evolution of Order, From Atoms to Economies* (Nova York: Basic Books, 2015). Kelly. Kevin, *What Technology Wants* (Nova York: Viking Press, 2010).

²³ *Para os estudiosos e intelectuais, ele também promete o Santo Graal científico, que há séculos tem nos iludido: uma teoria única e abrangente capaz de unificar todas as disciplinas científicas, da literatura e musicologia à economia e à biologia. De acordo com o dataísmo, uma bolha no mercado de ações e o vírus da gripe são apenas três padrões de dados cujos fluxos podem ser analisados por meio dos mesmos conceitos básicos e das mesmas ferramentas.* (Harari. Yuval Noach. p. 371) Para facilitar esse entendimento, tem-se em mente que a bolsa de valores, por exemplo, é um sistema de processamento de dados que faz a economia global funcionar e leva em conta tudo o que acontece no mundo, pois os preços são influenciados por diversos fatos, desde escândalos políticos a desastres naturais.

²⁴ Harari. Yuval Noach. *Op Cit.* p. 391

²⁵ Harari. Yuval Noach. *Op Cit.* p. 391

ao observar a quantidade de dados gerados em apenas um dia por um indivíduo que legitima o *Big Data*²⁶, conjunto gigantesco de dados computacionais complexos existentes no mundo.

Nesse contexto, não é exagerada a afirmação de Alec Ross de que as escolhas sobre como vamos, enquanto sociedade, gerenciar e administrar os dados na atualidade são tão importantes quanto as decisões sobre o gerenciamento da terra durante a era agrícola ou da indústria durante a era industrial²⁷.

Cada vez mais, “fenômenos serão colocados em um formato quantificado, de modo que possam ser tabulados e analisados”²⁸. É o que Mayer-Schonberger e Cukier intitulam de *dataficação*: em último estágio, tudo que faremos é transformado em dados. Verifica-se, assim, a “*penetrabilidade dos efeitos dessa tecnologia*”, uma vez que as informações extraídas de dados são parte integral de toda atividade humana e, por isso, todos os processos de nossa existência individual e coletiva são moldados pelo novo meio tecnológico²⁹.

Os dados e seu fluxo passam, por um lado, a necessitar de tutela jurisdicional e se tornam verdadeiro direito fundamental a ser protegido pelo Estado³⁰. Por outro, a tentação, diante do novo, de alimentar a ideia de uma terra sem lei, é grande. Na metade dos anos noventa, um novo conceito relacionou a Internet a uma nova sociedade: o *ciberespaço*. Uma nova sociedade separada do Estado e das leis. Passou-se a disseminar a ideia de que a *Internet* era um território livre, em desfavor do Estado³¹.

²⁶ *Big Data* é um termo amplamente utilizado para nomear conjunto de dados ou complexos. Em síntese, o *Big Data* é a quantidade enorme de informações nos servidores de bancos de dados que funcionam dentro de diversos servidores de rede de computadores utilizando um sistema operacional de rede, interligados entre si, que funcionam dentro de um sistema operacional de *Cloud Computing*, cujas informações são acessadas pela internet por pessoas utilizando um computador comum (notebook, por exemplo) ou celular (smartphone) via *Cloud Computing*.

²⁷ ROSS, Alec. *The Industries of the Future*. Simon & Schuster Paperbacks. New York. 2017, p. 155

²⁸ MAYER-SCHONBERGER, Viktor. CUKIER, Kenneth. “Big Data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informações cotidianas, 2013. Elsevier Editora Ltda. p. 54

²⁹ CASTELLS, Manuel. “Sociedade em rede”. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 124.

³⁰ Cavalcanti, Natália Peppi. A Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil na Era do Big Data in *Tecnologia Jurídica & Direito Digital*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2018. p. 351-365

³¹ LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. Nova York: Basic Books, 2011. p.2

Entretanto, como na célebre frase, “*o Direito não conhece lacunas*”, tampouco as conheceria na Internet Ainda que diversos estudiosos e ativistas defendam ser a *Internet*, e seu fluxo de dados, um território livre, desvinculado de qualquer Estado e por nenhum deles controlado, o que é defendido por John Perry Barlow³², a Internet é também objeto incontornável do Direito, aplicando-se a ela os conceitos jurídicos como a jurisdição, o conflito de leis, a soberania.

Os reflexos dessas transformações sociais são enormes, pois a ordem jurídica e o Estado acabam sofrendo um processo de internacionalização com a intensificação dos processos em contextos internacionais, com forte evidência de que as relações transnacionais têm debilitado os poderes do Estado contemporâneo³³.

Tudo isso implica em grandes repercussões para o âmbito do Direito, o qual precisa acompanhar essa dinâmica evolutiva das relações jurídicas sociais, sejam elas de caráter econômico, financeiro, comercial ou social. É justamente – parte – desse desafio que se pretende analisar no presente trabalho.

³² *A declaration of independence of Cyberspace* - Disponível em: <https://www EFF.org/cyberspace-independence>: A internet foi consagrada como uma força democratizante, descentralizada, sem limites territoriais e imune ao controle estatal. Leis poderiam ser sancionadas, mas não teriam eficácia (*enforcement*).

³³ IANNI, Octávio. *A sociedade global* 12ª. Ed. Civilização Brasileira, 2005. p. 112.

2. A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA

O desenvolvimento da sociedade tecnológica, ou sociedade *dataísta*, desafia o direito e exige uma nova ordem constitucional, ou um novo constitucionalismo, também em rede. Seria o constitucionalismo mundial e cosmopolitismo constitucional³⁴.

A natureza contemporânea da hiperglobalização gera uma forte interdependência e interação entre as nações, comunidades e indivíduos, de modo a desafiar os Estados.

As questões jurídicas na sociedade internacional contemporânea não são mais matéria de um único Estado, ou que, regularmente, possam ser equacionadas apenas local ou nacionalmente. A *hiperintegração* mundial leva a que afetem múltiplas ordens jurídicas, de variados níveis (locais, nacionais, internacionais, regionais e transnacionais), o que evoca, justamente, a perda da centralidade do Estado e de seu território para o Direito e, principalmente, a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os diversos ordenamentos jurídicos.³⁵

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 reciprocamente.

Por outro lado, para Habermas, os Estados continuam a ser os agentes políticos e econômicos mais importantes, na medida em que apenas eles possuem o mínimo necessário de legitimidade internacional para atuar sobre as esferas da vida individual³⁶.

³⁴ LOUREIRO, João Carlos. Constituição e risco(s): entre medo(s) e esperança(s) in Direito, Inovação e Tecnologia. V. 1. Edf. Saraiva, 2015. p. 33

³⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 256

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2 ed. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 183

As fronteiras geográficas, cada vez mais ligadas a aspectos meramente simbólicos, não representam grande obstáculo à livre circulação pessoas, de serviços, de bens, de capitais, de informação e principalmente – dos dados. Em verdade, a sociedade informacional permite que os dados sejam transmitidos instantaneamente, dando origem às redes sociais virtuais em níveis locais, regionais e globais.

O efeito global e extraterritorial que a Internet ocasionou oportuniza a identificação de fenômenos que não mais são passíveis de interpretação dentre apenas de um contexto territorial. A conexão entre Direito e territórios, como também entre Direito e Estado, sofreu um forte abalo.

Em relação à territorialidade, não se pode mais afirmar que o limite geográfico de um Estado define a extensão máxima da incidência de normas jurídicas, justamente porque, além de mudar a própria natureza do território, também não é mais o Estado o único ator a estabelecer ordenamentos jurídicos.

Diante desse cenário, analisar as relações entre território, soberania dos Estados e a necessidade de diálogo entre os ordenamentos passa a ser ponto crucial para compreender a importância dos mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional na ordem social contemporânea. Afinal, *“globaliza-se a sociedade na mesma medida em que se globalizam os problemas”*.

3.1 Soberania: conceito e redimensão no plano internacional

O conceito de soberania vem sofrendo inúmeras alterações para se adaptar às necessidades atuais da sociedade internacional.

Originalmente, utiliza-se o modelo internacional Westfaliano que remonta à Paz de Westfália, instaurada pelos Tratados de Münster e Osnabrück, assinados em outubro de 1648, na Westfália, Alemanha. Tais tratados foram os instrumentos empregados para cessar a Guerra dos Trinta Anos e acabaram resultando no

conceito moderno de “soberania”, compreendido na época como necessário para a sobrevivência de um Estado³⁷.

A soberania, nessa concepção, configura-se como um conceito simultaneamente político e jurídico, que confere a um Estado o poder absoluto sobre tudo e todos que estiverem em seu território, sendo que, segundo este conceito, todo Estado seria igualmente soberano e independente com relação aos demais (princípio da igualdade soberana de todos os Estados)³⁸.

Com base nisso, no conceito primordial, o Estado poderia ser definido com uma organização política, administrativa e jurídica do grupo social que ocupa um território fixo e está submetido a uma soberania; além disso, é dotado de poder supremo e não reconhece nenhum outro do seu território. Esse poder supremo do Estado configura a soberania.

Nesse sentido, o Miguel Reale conceitua:

O direito que tem uma nação ou um povo de organizar-se livremente, e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões constitui de maneira genérica ou política, a Soberania. Desde que se trata de uma supremacia dentro de um círculo social que tem em si mesmo da fonte de competência, a ideia de supremacia interna implica também na ideia de independência do Estado³⁹.

Canotilho entende que a “soberania estatal, no período moderno, se traduz como um poder soberano no âmbito interno do Estado e em um poder independente no âmbito internacional”⁴⁰.

Carlos Ayres Britto, por sua vez, entende que “cada nação permanece com o seu Estado, nenhuma delas abdica de Constituição própria, a soberania de cada

³⁷ GIANNATTASIO, Arthur. Roberto Capella. O Direito Internacional entre Dois Pós-Modernismos: A Ressignificação das Relações entre Direito Internacional e Direito Interno. In: Revista Eletrônica do CEDIN, v. 6, 2010, p. 42-90

³⁸ GIANNATTASIO, Arthur. Roberto Capella. *Op Cit*, p. 42

³⁹ REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª Ed. 2000, p. 204

⁴⁰ CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra, p. 76

Estado se formaliza é numa Constituição não compartilhada. Exclusiva, portanto, como a própria soberania”⁴¹.

Da mesma maneira, entende Magalhães⁴² que a soberania, em seu aspecto interno, significa o poder supremo dentro dos limites territoriais do Estado e, sob o aspecto externo, exprime a independência do Estado em relação aos demais Estados, no sistema internacional.

Com relação ao âmbito internacional, o poder é compartilhado por todos os Estados que, ao se relacionarem, acabam por formar um sistema de coordenação, desenvolvido por meio da assunção de compromissos mútuos e o consequente dever de cumpri-los.

Na acepção original, o princípio da soberania dos Estados definia algumas regras: a primazia do princípio territorial, a obediência aos limites internacionais, a não intervenção em questões internas de outros Estados e a igualdade soberana entre os Estados, ou seja, o princípio da reciprocidade.

Celso Albuquerque de Mello faz uma reflexão interessante sobre a evolução da soberania:

A soberania não pode ser vista como um conceito estático, mas sim como um processo, dado que possui um caráter marcadamente histórico e, por consequência, tem a sua primeira interpretação variada no tempo e no espaço, conforme, primeiramente, a realidade e a necessidade dos Estados e, em segundo lugar, de acordo com toda a sociedade internacional.⁴³

Para Mello, a soberania deve ser entendida como totalmente dependente da ordem jurídica externa dos Estados. Nessa linha, o Estado soberano seria aquele subordinado à ordem jurídica internacional⁴⁴.

⁴¹ AYRES BRITTO, Carlos. *Teoria da Constituição*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 69.

⁴² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. 2ªEd. V.II, Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 74.

⁴³ MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1

⁴⁴ MELLO, Celso D. Albuquerque. *Op Cit*.

A soberania é, pois, a qualidade dada a um Estado, que não reconhece nenhum outro dentro de seu território, tornando-o igual ao poder de outros Estados, sofrendo limitação pela ordem jurídica interna e limitação pela existência de outros Estados, no plano internacional.

Para o Professor Ayres Britto⁴⁵, as instituições multilaterais, como a União Europeia, possuem como suporte jurídico-formal os tratados internacionais de sempre e originados pelo efeito da evolução política de cada corpo nacional, mas sempre nos termos da Constituição de cada Estado signatário, o qual entra no pacto por espontânea e soberana vontade.

Portanto, a consolidação dos Estados modernos é sedimentada no conceito político-jurídico de soberania, que, em sentido *lato*, indica o poder de mando em última instância. A expressão também é representativa da titularidade subjetiva, criadora e legitimadora dos direitos – tanto no plano internacional como no plano interno – e, em uma dupla perspectiva, divide-se em externa e interna⁴⁶.

Sob a ótica externa, a soberania está relacionada à condição de aparência do Estado, assumindo importância o “princípio da igualdade jurídica” entre os Estados, no âmbito do Direito Internacional Público. Sob um prisma interno, a soberania alude ao poder dos Estados de organizar seus sistemas normativos internos, consolidando normativamente seus valores, costumes e ideais, por meio de um ordenamento jurídico interno hierarquizado das leis⁴⁷.

No momento atual da sociedade internacional, em que se vive a interdependência dos Estados e dos povos, nos mais diversos campos, a soberania deve ser compreendida de forma a ajustá-la à atual realidade. Assim disciplina Antônio Celso Alves Pereira:

Na medida em que o processo de mudanças sociais, econômicas, políticas e culturas progrediram, reestruturando as

⁴⁵ AYRES DE BRITTO, Carlos Augusto Freitas. *Op Cit.* p. 69.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UNB, 1998. v. 1, p. 1.179.

⁴⁷ BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, *Op. Cit.* p. 1180.

relações na ordem internacional, principalmente a partir da segunda metade do Sec. XX, o Direito Internacional Clássico restou superado pelo surgimento de um novo Direito Internacional, de amplitude universal, focado na cooperação, no associativismo e na solidariedade, tendo em vista que, cada dia que passa, esse novo Direito contém normas de conteúdo variado, focadas em questões políticas, econômicas, sociais, culturas, tecnológicas e de direitos humanos.⁴⁸

Por consequência, além das limitações advindas do direito natural, dos ideais de justiça, do bem comum e das forças econômicas, a soberania encontra restrições também por meio da celebração de tratados ou compromissos assumidos com outros Estados ou Organizações Internacionais. Nesse sentido:

O conceito de soberania tem passados, nos dias atuais, por uma completa transformação, mormente considerada sua natureza política, as implicações econômicas, as mudanças e processos históricos que hoje caracterizam as ordens interna e externa dos Estados.⁴⁹

Por isso, Bonavides assevera que a internacionalização contribuiu para a relativização do conceito de soberania:

A crise contemporânea desse conceito envolve aspectos fundamentais: de uma parte, a dificuldade de conciliar a noção de soberania do Estado com a ordem internacional, de modo que a ênfase na soberania implicaria sacrifício menor ou maior do ordenamento internacional e, vice-versa, a ênfase neste se faz com restrições de grau variável aos limites da soberania, há algum tempo tomada ainda em termos absolutos, doutra parte, a crise se manifesta sob o aspecto e a evidencia de correntes doutrinárias ou fatos que patenteiam a existência de grupos ou instituições sociais concorrentes, as quais disputam com o estado sua qualificação de ordenamento político supremo, enfraquecendo e desvalorizando a ideia de Estado.⁵⁰

A globalização valorizou a evidência de que o Estado havia perdido uma parte da importância que lhe fora conferida e, assim, observa seu poder, bem como o de suas ações internas e externas, serem restringidas.

⁴⁸ PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Soberania e Pós-Modernidade. In O Brasil e os novos desafios do direito internacional.* Rio de Janeiro. Forense. 2004, p 619

⁴⁹ PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Op Cit.* p 619

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* Rio de Janeiro. 7ª Ed, Forense, 2010, p. 123

Nessa análise, um novo conceito de soberania desponta para a existência de um Estado interdependente a outros Estados e que faz parte de um sistema internacional como um todo; à medida que os Estados assumem compromissos mútuos em tratados internacionais, suas respectivas soberanias são limitadas e isto constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo⁵¹.

Assim, constata-se a universalização dos princípios da cooperação e da solidariedade, os quais se consubstanciam à base do próprio Direito Internacional. Os contornos desse novo cenário mundial, que prima pela cooperação, indicam a intensificação da integração dos Estados.

Percebe-se, portanto, uma aproximação entre os Estados, fruto da vontade soberana de seus agentes. No entanto, essa aproximação pode ser interpretada, ao mesmo tempo, como fortalecedora da própria soberania.

Diante dessas relações econômicas internacionais atuais e dos processos de integração entre os Estados, um novo conceito de soberania passa a ser refletido e desenvolvido, qual seja, o de soberania compartilhada. Nesse sentido, a nova noção de soberania está em concordância com a realidade da atual sociedade internacional, consolidada em processos de integração.

No entanto, apesar da nova noção de soberania, não se altera o entendimento basilar: a decorrência lógica e direta da soberania é que cada Estado é livre para se auto-organizar politicamente, inclusive dispondo sobre as normas que disciplinarão a vida e a conduta de seus nacionais ou de estrangeiros em seu território, aplicando-as para a solução dos conflitos que devam ser resolvidos no âmbito de sua contingência territorial.

⁵¹ PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Op Cit*, p 662

2.1.1 Soberania na Constituição da República de 1988

Ao analisar a soberania no Direito Constitucional brasileiro, observa-se que esta se manifesta mais enfaticamente na Constituição Federal de 1988, embora as Constituições anteriores consagrassem vários outros preceitos constitucionais, tais como: (i) interesse nacional; (ii) poder do povo para o povo; (iii) autodeterminação dos povos; (iv) independência nacional; entre outros.

Ou seja, é com a promulgação da Constituição da República de 1988 que o Brasil entra no rol de países democráticos, firmando-se como Estado de Direito ou Estado Democrático. Nesse contexto, a soberania é elevada ao estatuto de norma constitucional, sendo consagrada de forma expressa como princípio fundamental⁵².

Essa ideia é reforçada na medida em que a soberania é tratada na Constituição já no preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e **comprometida, na ordem interna e internacional**, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁵³

O Estado Democrático Brasileiro está, assim, comprometido na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias. Portanto, o Estado Brasileiro deve buscar resolver os litígios de forma pacífica, sem utilizar meios violentos que possam vir a interferir, por exemplo, na soberania de outro Estado.

⁵² CRETELLA Júnior, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 1992, v. 1, p. 69

⁵³ Sem grifo no original. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

O artigo 1º da CF/88 consagra a soberania como fundamento nacional, demonstrando a ênfase dada à não sujeição do Estado Brasileiro a outro poder estrangeiro, seja ele de outro Estado ou derivado de uma Organização Internacional:

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

I - **a soberania**;

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.⁵⁴

Examinando esse artigo, Manoel Gonçalves Ferreira entende que a Constituição, enfatizando a soberania, *“quer sublinhar a não sujeição do Brasil a qualquer poder estrangeiro, seja ele de Estado estrangeiro, seja ele de organização internacional. Soberania, portanto, está aqui no seu aspecto ‘externo’: não sujeição, independência”*⁵⁵.

Na visão de Gilmar Ferreira Mendes, a soberania é *“poder de autodeterminação plena, não condicionado a nenhum outro poder, externo ou interno.”*⁵⁶

Ainda segundo a valiosa lição de Gilmar Ferreira Mendes, *“a soberania, no federalismo, é atributo do Estado Federal como um todo. Os Estados-membros dispõem de outra característica – a característica da autonomia que não se confunde com o conceito de soberania”*⁵⁷.

O parágrafo único do artigo 1º filia o poder soberano à doutrina da soberania popular, ao afirmar que *“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*.

⁵⁴ Sem grifo no original. Constituição Federal de 1988.

⁵⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40ª Ed. Saraiva, 2015, p. 18/19

⁵⁶ MENDES Gilmar Ferreira. GONET Branco. Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, Série IDP, p. 721

⁵⁷ MENDES Gilmar Ferreira. GONET Branco. Paulo Gustavo. Op Cit. p. 729

Esse entendimento é reforçado e complementado pelo artigo 14 da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que *“a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular”*⁵⁸.

Já o artigo 4º da CF dispõe os princípios que a República Federativa do Brasil deverá se pautar em sua atuação perante a sociedade internacional, estabelecendo a independência nacional como o princípio norteador, conduta reforçada pelo princípio da autodeterminação dos povos, não intervenção e de igualdade entre os Estados:

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

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Assim, as relações internacionais devem se pautar pelo princípio da independência, pré-requisito para o pleno exercício da soberania, repudiando, enfim, a intervenção direta ou indireta nas atividades políticas, econômicas ou jurisdicionais de outros Estados.

O princípio da soberania pode ser verificado em outras referências do texto da Constituição da República de 1988, as quais demonstram a importância da soberania para o Estado Democrático de Direito e para a interpretação dos demais preceitos constitucionais.

⁵⁸ Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

2.1.2 Soberania e Território (ou princípio da territorialidade)

Como outra decorrência direta da soberania, surge o princípio da territorialidade, segundo o qual as leis, atos e decisões judiciais de cada país, como regra, são válidos e executáveis em seu domínio territorial, não produzindo efeitos na extensão territorial de outro país (*finita potestas, finitae jurisdictio et cognitio*⁵⁹).

O poder soberano do Estado, no plano interno, evidencia-se na capacidade de ditar as regras e pacificar os conflitos que envolvam os seus jurisdicionados, limitando-se aos contornos geográficos e territoriais alcançados por sua soberania, nos exatos limites de suas fronteiras geopolíticas.

A formação do Estado, enquanto estrutura político-jurídica estatal, moderna está, desde as origens, intimamente ligada com a noção de território. Considerando que o território, ou princípio da territorialidade, foi concebido como elemento central do Estado e de sua ordem jurídica. Portanto, o território (ou princípio da territorialidade) é elemento central da soberania, componente do Estado moderno e de sua ordem jurídica⁶⁰.

O território foi basilar para tal processo de centralização política, pois não apenas definiu o âmbito espacial de eficácia dos comandos proferidos pelo soberano, como também permitiu que o poder – antes personalizado e baseado em *status*, honorabilidade, entre outros – pudesse ser exercido de maneira geral e impessoal.

A vigência do direito, no mesmo sentido, também está atrelada à noção de território, pois seu formato exige que as autoridades públicas tenham condições para garantir a imperatividade dos comandos jurídicos, com a condição que seu alcance seja delimitado e confinado a um território.

⁵⁹ A expressão significa: “fora do território nacional, não há jurisdição”.

⁶⁰ 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

Essa conexão entre Direito, Estado e território, porém, vem sofrendo uma grande transformação, através da relativização do limite geográfico em que os Estados estão inseridos, dadas as relações transnacionais no âmbito da internet. Os territórios perderam, paulatinamente, sua centralidade para o exercício da soberania.

Na atualidade, as pessoas (físicas e jurídicas) encontram-se mais interligadas, dando ensejo a um número cada vez maior de relações e interações instantâneas que não obedecem aos limites das fronteiras nacionais, fazendo com que inevitavelmente surjam conflitos de todas as ordens, marcados por uma tônica comum, a transnacionalidade.

Segundo Preuss, diante de uma mudança radical a partir da consagração das Constituições modernas, que substituíram o território pelo povo (com a ideia da representação e o princípio do autogoverno) como pilar básico em que se apoiaria o exercício do poder político. Na Era Moderna, o território permaneceu como um elemento definidor do poder político e do Direito, pois estipulava o limite espacial da vigência das normas jurídicas e, ademais, garantia, na tradicional estrutura do Estado, a imposição de uma ordem jurídica com características de generalidade, abstração e impessoalidade⁶¹.

Entretanto, na sociedade contemporânea, a partir da segunda metade do Século XX, ocorreu um gradativo processo de relativização da relevância do território, não mais apenas como fundamento da soberania, mas, também, para a operação do Direito. Dobner destaca que estaria em curso não apenas uma crise no princípio da territorialidade, pela perda de relevância das fronteiras nacionais para fins de incidência das normas jurídicas, mas também no território, não mais visto unicamente em sua dimensão físico-espacial, em virtude da emergência de novos espaços “não geográficos”, como o ambiente virtual digital da Internet⁶².

⁶¹ PREUSS, Ulrich K. *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?* Published to Oxford Scholarship Online: May 2010. p. 35

⁶² DOBNER, Petra. *Op. Cit.* p. 145

Nesse sentido, Dobner atenta para o fato de que a consequência lógica da *transterritorialidade contemporânea* é a perda da relevância das fronteiras nacionais para a aplicação das normas jurídicas⁶³.

A sociedade digital constrói um novo território (mundo virtual), dificilmente demarcável como as fronteiras geográficas. O território perde sua dimensão físico-espacial devido ao surgimento de novos espaços não geográficos, como o ambiente virtual da internet. Inicia-se, assim, a identificar pontos de falha no alcance efetivo dos comandos estabelecidos pelos ordenamentos jurídicos⁶⁴.

O desaparecimento contínuo do limite geográfico do Estado minimiza a aplicabilidade e a força das normas jurídicas. Com o desenvolvimento da internet, surgem novos atores que, por serem substanciais ao funcionamento da rede, passam a ter influência na imposição de normas sociais, tal como antes era exclusivo aos ordenamentos jurídicos. Assim, as ordens transnacionais trazem ao sistema jurídico novos elementos de complexidade que passam, inclusive, a colocar em xeque a eficácia das sanções produzidas pelos tradicionais ordenamentos jurídicos⁶⁵.

Nesse cenário, a constatação é a de que muitas vezes não é mais possível determinar, nas relações jurídicas, o território dos fatos e seus efeitos, tornando-se de difícil aplicação das normas através dos parâmetros tradicionais⁶⁶.

No entanto, existem teses contrárias a esse entendimento da transformação do alcance do Estado e do Direito no mundo virtual da Internet.

Nesse sentido, Goldsmith e Wu defendem que as normas aplicáveis ao contexto da internet nada mais são do que uma extensão das regras de Direito Internacional, público e privado, já existentes. Defendem a possibilidade de sanar os problemas transnacionais da internet através da extensão das normas de cada

⁶³ DOBNER, Petra. *Op Cit.* p. 38

⁶⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 6ª Ed. Re., atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 85.

⁶⁵ COOTER, Robert D. *Three effects of social norms on law: expression., deterrence and internalization*. *Or L. Rev.* v. 79, Berkley Law. 2000

⁶⁶ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Op. Cit.* p. 85.

Estado para o ciberespaço. Na internet, ainda que mudem algumas formas em que os Estados governam seus territórios, isto não diminuirá o mais antigo e fundamental papel do governo⁶⁷.

Ainda segundo Goldsmith e Wu, seria uma ilusão acreditar em um mundo sem fronteiras geográficas. Para os Autores, a maioria das avaliações contemporâneas da globalização compartilha de duas premissas. A primeira é o reconhecimento de que vivemos em uma época em que a tecnologia tornou as fronteiras nacionais mais próximas em todo o mundo. A segunda é a crença de que a globalização diminuiu a relevância das fronteiras, território e localização, e, portanto, minou o papel do Estado como a instituição central para governar⁶⁸.

Para os autores, o surgimento de outras revoluções de comunicação no passado, como o telégrafo, o telefone, o rádio e a televisão também aumentaram a velocidade da comunicação; essas tecnologias produziram, ainda, mudanças radicais na organização humana e a interação entre os Estados e exigiram que os governos desenvolvessem novas estratégias para regulação dos assuntos político-sociais.

Contudo, tais inovações não retiraram o papel central do governo para regulação dos assuntos jurídicos territoriais. Então, também não será a Internet que alterará o papel dos Estados de aplicar suas regras jurídicas:

The question we have addressed in this book is not whether the technological changes of the last decade have created changes in the way human beings live or interact. The question is whether those changes have had a lasting effect on how nations, and their peoples, govern themselves. The diminishing costs of moving information on the Internet have obviously made it harder for governments to suppress communications and related activities that they dislike. The Net has allowed talented technologists, dissatisfied groups, and various types of law evaders to take advantage of the difficulty of controlling information to achieve political, social, and commercial goals.

⁶⁷GOLDSMITH, Jack; Wu, Tim. *Who controls the internet? Ilusions of a borderless world*. Oxford University Press, 2006. p. 50

⁶⁸GOLDSMITH, Jack; *Op Cit.*, p. 179

*This was also true, however, of the telegraph, the telephone, the radio, the television, and other earlier communication revolutions, all of which dramatically increased the number and speed of communications, and dramatically lowered their costs. These communication technologies produced radical changes in human organization and interaction, and required governments to develop new strategies for regulating human affairs. But they did not displace the central role of territorial government in human governance. And neither, we have argued in this book, will the Internet.*⁶⁹

No entanto, independente da discussão acerca do alcance do Estado e do Direito no mundo virtual, o fato é que, com a maior integração da sociedade mundial, os problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito de um respectivo território.

Cada vez mais, os problemas jurídicos e de limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. *“Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns”*⁷⁰.

2.2 Diálogos Constitucionais – O Transconstitucionalismo entre Ordens Jurídicas

Como adiantado, a intensificação da globalização acometida pela Internet tem conduzido a uma relação de desconformidade entre as fronteiras jurídico-normativas estabelecidas pelos Estados no exercício de sua soberania.

Para Petra Dobner⁷¹, a perda da centralidade do território para a operação do Direito é acompanhada pela perda da centralidade do Estado também na produção do Direito. Ainda que continue como um agente relevante, o Estado não é mais o único ator e, talvez, nem mesmo o mais relevante deles, a produzir Direito.

⁶⁹ GOLDSMITH, Jack; *Op Cit.*, p. 179

⁷⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. XXI

⁷¹ DOBNER, Petra. *Op Cit.* p. 145

A emergência das ordens transnacionais e supranacionais, públicas e privadas traz para Gunther Teubner um novo elemento de complexidade ao sistema jurídico, capaz de fazer com que pressupostos, até então pacíficos na modernidade (quanto à eficácia espacial das decisões judiciais), devam ser revistos⁷². Assim, o desenvolvimento da teoria dos regimes jurídicos transnacionais se dá a partir da constatação de que o Direito precisa solucionar problemas que a teoria estado-centrista de soberania não consegue mais resolver⁷³.

Nessa nova ordem mundial, conforme as lições de Anne-Marie Slaughter, destacam-se duas compreensões básicas. Em uma vertente, é concebida fundamentalmente como “uma ordem baseada em uma rede tridimensional intrincada de conexões entre instituições estatais desagregadas⁷⁴”:

Uma ordem mundial desagregada seria um mundo emalhado por inúmeras redes governamentais, que incluiriam redes horizontais e redes verticais, redes para coletar e compartilhar informações de todos os tipos, para coordenação política, para execução de cooperação, para assistência e treinamento técnico, talvez, finalmente, para produção de normas. Elas seriam bilaterais, plurilaterais, regionais ou globais. Em conjunto, forneceriam a infraestrutura da governança global.⁷⁵

Em resumo, conforme esse modelo, a nova ordem mundial relaciona-se especificamente com o trabalho em redes de cooperação e administração de conflitos entre diversos agentes estatais, em razão dos problemas que vão além das fronteiras dos respectivos Estados.

Com a intensificação do intercâmbio múltiplo entre cortes na jurisdição mundial, cada vez mais decisões transnacionais são trazidas à tona na tomada de decisões jurisdicionais locais, com a incorporação de novos e distintos argumentos

⁷² TEUBNER, Gunther. *Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State*. In: DOBNER, Petra. LOUGHLIN, Martin.(Org.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 331

⁷³ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização*. Série IDP, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 31

⁷⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton/Oxford. Princeton University Press. 2004, p. 10

⁷⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. *Op. Cit.* 2004, p. 15.

ao debate judicial em questões convergentes, validada pela previsibilidade e respeito aos precedentes transnacionais⁷⁶.

Teubner, diante desse cenário, reconhece três fenômenos⁷⁷:

- (1) a desconstitucionalização do Estado Nacional é desencadeada pelo deslocamento de funções de governo para o âmbito transnacional, bem como pela assunção de parte dessas funções por atores não estatais;
- (2) efeitos extraterritoriais da atuação dos Estados Nacionais permitem o surgimento de um Direito que carece de legitimação democrática; e, por fim,
- (3) a inexistência de mandato democrático para a *governance* transnacional.

Sob esse prisma, Jeremy Waldron destaca a possibilidade de uma rede de reciprocidade em uma comunidade global, arquitetada a partir de um consenso internacional, por meio de um procedimento democrático de decisão coletiva compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade pluralista⁷⁸.

Sunstein e Posner assim colocam: *"The question whether one state should consult the law of other states is large and interesting-much larger and more interesting than the question whether the U.S. Supreme Court, should construe the U.S. Constitution with reference to the constitutional rulings of other high courts"*⁷⁹.

Anne-Marie Slaughter vai além e trata de uma "comunidade global de cortes", em que a identidade institucional dos tribunais locais é forjada pelas suas funções comuns de resolução de litígios *"under rules of law"*, não apenas como parte de um sistema jurídico global, mas como uma comunidade global de Cortes⁸⁰.

⁷⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A global community of courts*. Harvard International Law Journal, v. 44, 2003. p. 191.

⁷⁷ TEUBNER, Gunther. *Op Cit.* 2016, p. 31

⁷⁸ WALDRON, Jeremy. *Teaching cosmopolitan right*. In: MCDONOUGH, Kevin; FEINBERG, Walter. (Eds.) *Education and citizenship in liberal-democratic societies: cosmopolitan values and cultural identities*. Oxford University Press, 2003. p. 25-35.

⁷⁹ POSNER, Eric A; SUNSTEIN, Cass R. *The law of other states*. Stanford Law Review, v. 59, p. 131, 2006.

⁸⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. *Op. Cit.* 2003. p. 191

A relação entre as cortes judiciais, seja nacional, internacional ou transnacional, passa a observar mutuamente e, em determinados casos, chegam a referenciar as decisões. Esse fenômeno é nomeado por Slaughter como “fertilização cruzada” e é hoje uma realidade que, antes, parecia pouco provável de ocorrer, em razão do direito nacional fundado na soberania dos Estados.

Nesse sentido, as decisões das cortes transnacionais devem ser levadas em consideração pelos tribunais no contexto de práticas institucionais locais, ampliando a legitimação das decisões internas, na projeção conceitual de um sistema internacional cosmopolita, em que a construção das decisões judiciais domésticas operam a partir de um processo dialogal com decisões transnacionais.

Ademais, esta concepção se vê refletida em decisões tomadas por diversas cortes ao redor do mundo, as quais reproduzem uma perspectiva de justificação da racionalidade argumentativa das cortes domésticas pelo paradigma das decisões de outras cortes do globo e espelhando a eficácia das decisões transnacionais nas ordens jurídicas locais.

Muitas são as teorias que tentam lidar com esses fenômenos decorrentes da relação entre globalização e direito. A do transconstitucionalismo sugere que as cortes constitucionais devem assumir uma postura de diálogo entre si, não só buscando aprendizados mútuos, mas também tomando cuidado para não assumirem posturas que desrespeitem a racionalidade inerente de outras ordens jurídicas⁸¹.

Portanto, na complexa sociedade internacional cosmopolita, os meios juridicamente legítimos de coadjuvação entre cortes locais, estrangeiras, supranacionais e internacionais, devem ser orientados a partir da perspectiva da eficácia das decisões transnacionais, promovendo a cooperação, compreensão, discussão, reflexão e aproveitamento de novos e distintos argumentos ao debate jurisdicional local.

⁸¹ NEVES, Marcelo. *Op Cit.* p. 297.

Abordando esse tema, e numa perspectiva de solução de conflitos constitucionais, Marcelo Neves afirma:

O Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos loci em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado⁸².

Com isso, o grande problema da atualidade residiria na determinação de quem dará a solução final para as questões. Para Neves, através da ideia de cooperação e diálogo entre as ordens jurídicas envolvidas, o transconstitucionalismo, é possível encontrar soluções mais apropriadas para os problemas transnacionais.

Nesse ponto, importante destacar que para Neves, o transconstitucionalismo seria justamente uma proposta de compreensão do diálogo existente entre os sistemas constitucionais, ou seja, os diálogos constitucionais.

Assim, o transconstitucionalismo pode ser visto como sendo o *"entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional"*⁸³. Logo, a principal característica desse processo é o fato de uma mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada, concomitantemente, por diversas ordens jurídicas ao redor do globo.

Dessa forma, as cortes de todo o mundo devem estar ativamente envolvidas no processo de interação, compartilhando questões comuns no intercâmbio jurídico e criando redes globais, em que os tribunais nacionais permanecem conscientes de sua independência. No entanto, reconhecem a necessidade de cooperação e validade de abordagens diferentes para o mesmo problema jurídico, e se legitimando a partir das experiências transnacionais.

⁸² NEVES, Marcelo. *Op Cit.* p. 297.

⁸³ NEVES, Marcelo. *Op Cit.* p. 1.

É, portanto, a visão de um sistema jurídico transnacional, estabelecido em conjunto em todo o mundo, na busca de uma melhor solução para problemas comuns, mas que, fundamentalmente, constroem uma melhor racionalidade argumentativa aos seus precedentes locais, justificado pelo paradigma transfronteiriço⁸⁴.

Assim, para Neves⁸⁵, *“é fundamental que se pense numa ferramenta para compatibilizar e harmonizar a operação dessas ordens jurídicas sobrepostas, o que o leva a teorizar a respeito dos limites e das possibilidades do transconstitucionalismo, necessariamente dotado de abertura cognitiva e de perspectiva inclusiva em relação à alteridade”*.

Neves também destaca a assimetria das formas jurídicas, com diferentes imposições “soberanas” em Estados fortes e fracos, e múltiplas relações entre ordens transnacionais⁸⁶. Para o Autor, seria esse *“o instrumento para uma integração sistêmica, como forma de promover a comunicação entre os fragmentos da ordem mundial”*⁸⁷.

É o próprio Neves quem aponta que, a despeito das dificuldades e dos problemas de integração de ordens muito diversas, é muito mais promissora a perspectiva da inclusão *“no desenvolvimento do transconstitucionalismo no sistema jurídico de níveis múltiplos entrelaçados, do que em ordens isoladas, sobretudo quando essas têm pretensão de constituir comunidades”*⁸⁸.

Nesse diapasão, pode-se pensar que todos os Estados Nacionais compõem um sistema social global. Pela teoria dos sistemas, essa sociedade global é composta por vários outros sistemas (subsistemas) diferenciados entre si, dentro os quais se destaca o sistema jurídico. O que vai caracterizar tal subsistema nesta sociedade global é o fato dele também ser multicêntrico, sendo caracterizado por

⁸⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. *Op. Cit.* 2003. p. 192

⁸⁵ NEVES, Marcelo. *Op Cit.* p. 166.

⁸⁶ NEVES, Marcelo. *Op Cit.* p. 279.

⁸⁷ NEVES, Marcelo. *Op Cit.* p. 292.

⁸⁸ NEVES, Marcelo. *Op Cit.* p. 253.

Neves como sendo um "sistema de níveis múltiplos", no qual "*nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da ultima ratio discursiva*"⁸⁹.

A inter-relação entre as diversas ordens jurídicas não se dá segundo um modelo interno/externo, no qual cada ordem trataria as outras como externas ao sistema, mas segundo um modelo centro/periferia, ou seja, cada ordem enxerga as demais como integrantes do mesmo sistema global. A solução seria, pois, a efetivação de um diálogo cooperativo entre os ordenamentos jurídicos envolvidos/entrelaçados⁹⁰.

Assim, esse diálogo transnacional entre cortes constitucionais, contribui para uma justiça em escala global e para o respeito recíproco na comunidade internacional, na medida em que os as trocas transnacionais e a construção de uma autoconsciência global judicial geraria uma espécie de *consenso internacional* sobre determinadas questões na jurisdição constitucional.

Por outro lado, diferente dos movimentos teóricos que apontam para ideia da construção de um direito global com pretensões de dimensão mundial, que seria possível supostamente em razão da globalização, Teubner aposta no contrário. Defende que a globalização intensifica o processo de construção de um Direito cada vez mais especializado e regional, cuja lógica, muitas vezes, podem contrapor em razão das ordens jurídicas colidentes⁹¹.

Teubner, a partir da tese da fragmentação do Direito, indica três conclusões: (a) o fenômeno não é algo único ou especial no campo da sociedade, mas sim um reflexo da própria sociedade global; (b) ao invés de um direito de pretensão global homogêneo, há o surgimento de novas dimensões jurídicas, que, por muitas vezes, entram em conflito entre si; e, por fim, (c) o processo de fragmentação não pode ser evitado, restando tão somente a possibilidade de buscar formas de se criar uma compatibilidade normativa entre as diferentes ordens jurídicas e que conversem entre si.

⁸⁹ NEVES, Marcelo. *Op Cit.* p. 235-237.

⁹⁰ NEVES, Marcelo. *Op Cit.* p. 235-237.

⁹¹ TEUBNER, Gunther. *Op Cit.* 2016

2.3 Estado Constitucional Cooperativo

Como visto, a transição do modelo absolutista para o modelo de Estado Constitucional demonstrou uma mudança com relação à noção de soberania. Antes tida como ilimitada, passou a ser limitada pela Constituição, que fixou os direitos fundamentais e orientou a atuação dos Estados no âmbito internacional.

Nesse sentido, Peter Häberle observa que:

O modelo do Estado Constitucional perdura até a atualidade e, como regra, os Estados que atualmente fazem parte do sistema internacional são providos de uma Constituição. No entanto, o mundo observa uma tendência a uma reformulação do Estado Constitucional para o chamado Estado Constitucional Cooperativo⁹².

Para Gilmar Ferreira Mendes, “o Estado constitucional, compreendido atualmente como Estado constitucional cooperativo, é um projeto universal, apesar da diversidade tipológica entre os países e das diferenças entre suas culturas nacionais”.⁹³

Häberle defende a imagem do Estado Constitucional contemporâneo como uma sociedade universal dos estados constitucionais em um contexto em que os Estados não existem mais somente para si mesmo, mas também como referências para os outros Estados, membros de uma sociedade internacional, em um modelo de cooperação capaz de permitir, ao mesmo tempo, a preservação de suas características nacionais, com vocação crescente para o intercâmbio no plano internacional e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais⁹⁴.

Segundo Häberle, o Estado Constitucional Cooperativo é a substituição do Estado por outro mais integrado com os demais Estados, todos pertencentes à sociedade internacional:

⁹² HARBELE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Renovar: Rio de Janeiro. 2007, p. 68.

⁹³ MENDES Gilmar Ferreira. GONET Branco. Paulo Gustavo. *Op Cit.* p. 942

⁹⁴ HARBELE, Peter. *El estado constitucional, trad. Hector Fix-Fierro*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77

A Cooperação será para o Estado Constitucional uma parte de sua identidade que ele, no interesse da “transparência constitucional”, não apenas deveria praticar como, em seus textos jurídicos, em especial nos documentos constitucionais, também deveria documentar.⁹⁵

As causas que levaram à concepção do Estado Constitucional Cooperativo são complexas. Duas, porém, podem ser identificadas de uma forma mais clara: o aspecto ideal-moral e o aspecto sociológico-econômico. Para o autor, o fator mais importante para a organização do Estado Constitucional Cooperativo é a interdependência econômica dos Estados Constitucionais⁹⁶.

Esse modelo de Estado está baseado nos princípios do Estado Constitucional de sociedade livre, com atenção ao âmbito internacional, criação de políticas que favoreçam a cooperação entre os povos para o constante progresso da humanidade e defender os direitos fundamentais.

Para Härbele:

O Estado Constitucional Cooperativo é o Estado que encontre sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade.⁹⁷

O conceito de Estado Constitucional Cooperativo detém uma estrutura jurídica que favorece os processos de cooperação internacional e supranacional, focados na proteção dos direitos fundamentais.

Os Estados Constitucionais passam, assim, a entrar em uma nova fase de relações internacionais, na qual a cooperação é fundamental.

Ainda segundo Häberle, mesmo que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupa o lugar de mera coordenação e de

⁹⁵ HARBELE, Peter. *Op, Cit.* 2007. p. 3.

⁹⁶ HARBELE, Peter. *Op, Cit.* 2007. p. 3.

⁹⁷ HARBELE, Peter. *Op, Cit.* 2007. p. 4.

simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais); no campo do Direito Constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendência que aponta para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo⁹⁸.

No atual contexto cooperativo, Mosche Hirsch, empregando a célebre Teoria dos Jogos e o modelo da decisão racional (*rational choice*), destaca que a crescente intensificação (i) das relações internacionais; (ii) da interdependência entre as nações; (iii) das alternativas de retaliação; (iv) da celeridade e do acesso a informações confiáveis, inclusive sobre o cumprimento dos termos dos tratados; e (v) do retorno dos efeitos negativos (*rebounded externalities*) aumenta o impacto do desrespeito aos tratados e privilegia o devido cumprimento de suas disposições⁹⁹.

Nesse ponto, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em diversos votos, “o fenômeno de substituição do arcaico Estado voltado para si por um Estado Constitucional Cooperativo”, que demanda a manutenção da boa-fé e da segurança jurídica, tendo na cooperação internacional a forma de viabilizar tal fenômeno. Como exemplo, cumpre citar o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 460.320/PR, ao tratar a aplicação dos tratados internacionais:

Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um ‘Estado Constitucional Cooperativo’, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes.

[...]

Esses dados revelam uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por

⁹⁸ HARBELE, Peter. *Op, Cit.* 2007. p. 74.

⁹⁹ HIRSCH, Moshe. *Compliance with International Norms in The Impact of International Law on International Cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 184/188

consequente, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional. [...]
Tanto quanto possível, o Estado Constitucional Cooperativo demanda a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que em face da legislação infraconstitucional¹⁰⁰.

Portanto, de fato, o momento atual é o de interseção de institutos do Direito Internacional e do Direito Constitucional, resultando de um Direito comum entre e para os Estados. Essa confluência pode ser chamada de *Direito de Cooperação*, composto por uma jurisdição que lhe assegure a cooperação, a integração e o respeito aos direitos fundamentais, combinada com um Direito Internacional indispensável em um enredo contemporâneo¹⁰¹.

Destarte, o Estado Constitucional Cooperativo revela-se indeclinável em um processo de globalização, partindo-se da premissa que os Estados devem se orquestrar em prol de premissas colaborativas para permitir e facilitar o diálogo entre os diversos ordenamentos jurídicos e normativos supranacionais¹⁰².

O Estado Constitucional Cooperativo, pautado no compromisso constitucional, na progressiva cooperação internacional e em uma sociedade aberta, é o instrumento ideal para o estabelecimento de uma sociedade internacional harmônica, justa e equânime.

É nesse contexto que emerge numa posição de destaque, a Cooperação Jurídica Internacional (CJI), um mecanismo de extrema importância na atualidade para a garantia do acesso à justiça, segurança jurídica e para o alcance de uma efetiva tutela jurisdicional transnacional.

¹⁰⁰ Recurso Extraordinário nº 460.320/PR. Min. Rel. Gilmar Mendes. Pleno. Dj. 31.8.2011

¹⁰¹ CANEPARO. Priscila. *A importância do Estado Constitucional Cooperativo – delimitações a partir da Cooperação, Direito Constitucional e Direito Internacional*. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, SP, v. 15, n. 6, set./dez. 2016, p. 47 - 60

¹⁰² CANEPARO. Priscila. *Op. Cit.* 2016. p. 54

2.3.1 O Estado Constitucional Cooperativo na Constituição da República de 1988

A Constituição de 1988 adotou a sistemática preconizada pelo federalismo cooperativo, em que o Estado, permeado pelos compromissos de bem-estar social, deve buscar a isonomia material e atuação conjunta para erradicação das grandes desigualdades sociais e econômicas¹⁰³.

São os próprios elementos do Estado constitucional que indicam o modelo de cooperação internacional. Os procedimentos de concretização das democracias, a independência da jurisdição – principalmente da jurisdição constitucional – e os mecanismos de proteção interna e externa dos direitos humanos são decisivos para a consagração de um modelo de cooperação entre os Estados¹⁰⁴.

Nesse sentido, é possível identificar dispositivos na Constituição de 1988 que remetem para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público.

Assim, são quatro disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao Direito internacional e, na visão de alguns, ao Direito supranacional.

A primeira é o parágrafo único do art. 4º da Constituição estabelece que a *“República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latinoamericana de nações”*.

Em comentário a este artigo, Celso Bastos ensina que tal dispositivo constitucional representa uma clara opção do constituinte pela integração do Brasil em organismos supranacionais¹⁰⁵.

¹⁰³ Fernando Luiz Abrucio e Valeriano Mendes Ferreira Costa, Reforma do estado e o contexto federativo brasileiro, São Paulo: Fund. Konradadenauer-stiftung, 1998, p. 38

¹⁰⁴ MENDES Gilmar Ferreira. GONET Branco. Paulo Gustavo. *Op Cit.* p. 943

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, Andre Ramos; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva

A segunda é a prevista no parágrafo § 2º do art. 5º, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição “*não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

A terceira e quarta cláusulas, constantes dos §§ 3º e 4º do art. 5º da CF/88¹⁰⁶, disciplinam, respectivamente, que “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”, e “*o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*”.

Também é interessante destacar que vários países latino-americanos já avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico, algumas vezes concedendo-lhes valor normativo constitucional.

Como exemplo, o Paraguai (art. 9º da Constituição)¹⁰⁷, e Argentina (art. 75 inc. 24)¹⁰⁸, provavelmente influenciados pela institucionalização da União Europeia, inseriram conceitos de *supranacionalidade* em suas Constituições. A Constituição uruguaia, por sua vez, promulgada em fevereiro de 1967, inseriu novo inciso em seu artigo 6o, em 1994, porém mais tímido que seus vizinhos argentinos e paraguaios, ao prever que “*A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias primas. Assim mesmo, propenderá a efetiva complementação de seus serviços públicos*”.

¹⁰⁶ Acrescentados pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

¹⁰⁷ Constituição do Paraguai, de 20.06.1992, artigo 9º: “A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural”.

¹⁰⁸ A Constituição da Argentina, no inciso 24 do Artigo 75, estabelece que “Corresponde ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis”.

Esses dados revelam uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional ao Direito Constitucional.

Dessa forma, o próprio texto da Constituição da República, sobretudo com as alterações da EC 45/2004, exige uma nova interpretação da relação entre Direito internacional e normas infraconstitucionais internas, através de um “Estado Constitucional Cooperativo”.

Além desses dispositivos, o entendimento do Supremo Tribunal Federal de predomínio dos tratados internacionais¹⁰⁹ em nenhum aspecto conflita com os artigos 2º, 5º, II e § 2º, 49, I, e 84, VIII, da Constituição da República.

Especificamente, os artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, não demandam a paridade entre leis ordinárias e convenções internacionais. Ao contrário, indicam a existência de normas infraconstitucionais autônomas que não precisam ser perfiladas a outras espécies de atos normativos internos. Na realidade, os mencionados dispositivos não tratam da mera incorporação, no plano interno, mas da própria criação das normas internacionais:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

¹⁰⁹ Recurso Extraordinário nº 460.320/PR. Min. Rel. Gilmar Mendes. Pleno. Dj. 31.8.2011

Com efeito, no plano internacional, é essencial que os Estados-partes tenham a intenção de criar obrigações legais entre elas mediante seu acordo, daí a imprescindibilidade do consentimento para a norma internacional¹¹⁰.

No Brasil, o consentimento materializa-se na ratificação pelo Presidente da República (art. 84, VIII, da CF/88), precedida pela aprovação do texto do tratado pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da CF/1988). Nesse sentido, Francisco Rezek esclarece:

Pressupostos constitucionais do consentimento: generalidades. O tema em que ingressamos é de direito interno. O direito internacional, como ficou visto, oferece a exata disciplina à representação exterior dos Estados, valorizando quando por eles falem certos dignitários, em razão de suas funções. Não versa, porém, aquilo que escapa ao seu domínio, porque inerente ao sistema de poder consagrado no âmbito de toda ordem jurídica soberana. Presume-se, em direito das gentes, que os governantes habilitados, segundo suas regras, á assunção de compromissos internacionais – todos eles, vinculados ao poder Executivo – procedem na conformidade da respectiva ordem interna, e só excepcionalmente uma conduta avessa a essa ordem poderia, no plano internacional, comprometer a validade do tratado¹¹¹.

Dessa forma, é possível concluir que a Constituição da República garante a integração e abertura do Estado à cooperação internacional, privilegiando a boa-fé, a segurança dos pactos internacionais e a efetiva segurança jurídica.

¹¹⁰ SHAW, Malcom. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 812

¹¹¹ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 16ª Ed. 2016. p. 57-58

3. A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

“Quando os regimes deixam de ter a cooperação como norte, seu poder se evapora e, mesmo que possam durante algum tempo evitar a derrota recorrendo à violência, não conseguirão se salvar.”¹¹² (Hannah Arendt)

A efetividade da justiça, em um cenário de intensificação das relações entre as nações e seus povos, tanto no âmbito comercial, social ou informacional, demanda cada vez mais Estados proativos e colaborativos.

Como adiantado, as relações jurídicas não se processam mais unicamente dentro de um único Estado Soberano. Pelo contrário, é necessário cooperar e pedir a cooperação de outros Estados para que se efetivem as pretensões por justiça da sociedade. Logo, o conceito básico de Estado Soberano, administrador das tensões internas em seu território, tem de abarcar também a perspectiva internacional.

A soberania das regras internas é ameaçada caso se adote posição unilateralista. No dever de prover a justiça, o Estado precisa desenvolver mecanismos que possam atingir bens e pessoas que podem não mais estar localizados em seu território. Até mesmo simples atos processuais, mas necessários à devida instrução de um processo judicial, podem ser obtidos mediante auxílio externo, de modo que a cooperação jurídica internacional torna-se um imperativo para a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, uma vez que os Estados soberanos somente podem fazer valer suas leis, atos e decisões judiciais nos limites territoriais, naturalmente surge a necessidade de um Estado cooperar com o outro para que possam ser efetivados seus próprios interesses e dos seus jurisdicionados.

Um dos grandes problemas da sociedade contemporânea é o da legitimidade da produção de efeitos extraterritoriais de normas e decisões estrangeiras, tendo em

¹¹² ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. Companhia das Letras. Tradução Dennis Bottmann, 2013, São Paulo, p. 16

vista as implicações e correlações específicas entre Direito, Estado, democracia e território, agitadas em um mundo em que as fronteiras nacionais são cada vez mais relativizadas e as certezas jurídicas menos presentes.

André de Carvalho Ramos explica que a Cooperação Jurídica Internacional é *“motivada pela existência de Estados soberanos, cujo poder restringe-se, em geral, aos limites do seu território, o que os impulsiona a solicitar cooperação dos demais para aplicar o direito em casos que envolvam condutas fora do seu território”*¹¹³.

É nesse contexto que a Cooperação Jurídica Internacional (também conhecida pela sigla “CJI”) ganhou posição de destaque e se desenvolveu nos últimos anos. No plano internacional tem sido cada vez mais constante a celebração de tratados internacionais (bilaterais ou multilaterais), notadamente diante da necessidade de se obter a cooperação para que determinado Estado possa fazer valer suas decisões em território de outro Estado. No plano doméstico, também com frequência, os países têm procurado elaborar e adequar suas legislações para a realização de uma prática célere e efetiva com relação aos pleitos cooperacionais.

O Estado brasileiro está inserido nesse contexto de Cooperação Jurídica Internacional, sendo signatário de uma grande quantidade de tratados internacionais em matéria de cooperação¹¹⁴.

A própria Constituição estabelece normas que remetem à cooperação, instituindo, dentre os princípios pelos quais a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais. Nos termos do artigo 4^a, inciso IX, *a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.*

Em observância a Constituição e ao Estado Constitucional Cooperativo, há uma crescente preocupação do Estado brasileiro com a Cooperação Jurídica

¹¹³ RAMOS, André de Carvalho. *O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, p. 621-647, jan./dez. 2013, p.3

¹¹⁴ Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: matéria penal. Brasília: Ministério da Justiça, 2014; Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: matéria civil. Brasília: Ministério da Justiça, 2016, p. 29

Internacional. Há novos contornos da inserção internacional do país em razão da intensificação das relações entre os Estados, seja no âmbito comercial, social ou informacional. Corroborando isso, destaca-se, no plano administrativo, a criação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional, em 2004.

Também a promulgação do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, reservou um capítulo específico e significativo para tratar da Cooperação Jurídica Internacional, estabelecendo normas aos mecanismos e instrumentos cooperacionais de importante impacto sobre a temática no Brasil¹¹⁵.

E ainda mais recentemente, em 10 de janeiro de 2019, o Itamaraty anunciou a criação da Secretaria de Assuntos de Soberania Nacional e Cidadania, que tratará de temas como Cooperação Jurídica Internacional, política migratória, defesa, ilícitos transnacionais, entre outros.

Desse modo, diante da importância e relevância do tema da Cooperação Jurídica Internacional, passa-se a analisar seus principais aspectos. Para tanto, a seguir serão feitas algumas considerações sobre cooperação, delineando-se o conceito, a finalidade, a estrutura básica comum às diversas espécies cooperacionais e, por fim, os principais aspectos relacionados à figura da cooperação internacional delineada pelo Código de Processo Civil de 2015.

3.1 Cooperação Jurídica Internacional: conceito

Nadia de Araújo¹¹⁶ define a Cooperação Jurídica Internacional¹¹⁷, em sentido *lato* como “o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de

¹¹⁵O tema foi tratado na Parte Geral do Código, Livro II, Título II, Capítulo II, artigos 26 a 41.

¹¹⁶ ARAUJO, Nadia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional. In: Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal. (Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). 3. Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 31.

¹¹⁷ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Cooperação Jurídica Internacional* in O Direito Internacional Contemporâneo, org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.797/810. Sobre a definição: “A preferência pela expressão “cooperação jurídica internacional” decorre da ideia de que a efetividade da jurisdição, nacional ou estrangeira, pode depender do intercâmbio não apenas entre órgãos judiciais, mas também entre órgãos administrativos, ou, ainda, entre órgãos judiciais e administrativos, de Estados distintos.”

medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado. Decorre do fato de o Poder Judiciário sofrer uma limitação territorial de sua jurisdição – atributo por excelência da soberania do Estado -, e necessitar do auxílio do Poder Judiciário de outro Estado nos casos em que suas necessidades transbordam as fronteiras para as daquele. Hoje, a Cooperação Internacional evoluiu e abarca, ainda, a atuação administrativa do Estado, em modalidades de contato direto com os demais entes estatais”.

Para Eneida Orbage de Britto Taquary, a cooperação vem do *“latim cooperare e, como o próprio nome diz, significa laborar em conjunto, colaborar”*. Na concepção da autora, a Cooperação Jurídica Internacional *significa “a colaboração entre países para mitigar o poder de um Estado dentro de seu território, visando à realização de ações que somente poderiam ser praticadas sob sua jurisdição e de interesse de outros Estados. A cooperação tem uma conotação de assistência mútua entre Estados, no desenvolvimento de uma atividade processual ou administrativa, cível ou penal, cujo procedimento, total ou parcial, deva se desenvolver em jurisdição estrangeira”¹¹⁸*.

Também o conceito trazido por Fábio Ramazzini Bechara para o qual *“a cooperação jurídica internacional pode ser definida como o conjunto de atos que regulamenta o relacionamento entre dois Estados ou mais, ou ainda entre Estados e Tribunais Internacionais, tendo em vista a necessidade gerada a partir das limitações territoriais de soberania”¹¹⁹*. Para o autor, cooperação não se restringe à esfera judicial, podendo abranger também o intercâmbio entre órgãos administrativos, ou mesmo a cooperação entre órgãos administrativos e judiciais pertencentes a países distintos¹²⁰.

¹¹⁸ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/2004. Curitiba: Juruá, 2008, p. 31.

¹¹⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal – Eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

¹²⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op Cit.* p. 43.

Com esse mesmo entendimento, Ricardo Perlingeiro¹²¹ entende a Cooperação Jurídica Internacional como o procedimento por meio do qual é promovida a integração jurisdicional entre Estados soberanos distintos, acrescentando que a efetividade da jurisdição, nacional ou estrangeira, pode depender do intercâmbio não apenas entre órgãos judiciais, mas também entre órgãos administrativos ou judiciais de Estados distintos.

Portanto, verifica-se que a Cooperação Jurídica Internacional poderá ocorrer por meio do intercâmbio: (i) entre órgãos jurisdicionais; (ii) entre órgãos administrativos; ou ainda, (iii) entre órgãos jurisdicionais e administrativos. Daí por que se utilizar Cooperação Jurídica Internacional é mais tecnicamente adequado do que Cooperação 'Judicial'.

Por outro lado, o conceito de jurisdição também se mostra um tanto polissêmico ao examinar a matéria, sendo comum nos estudos de origem anglo-saxã sobre o tema o uso do termo como sinônimo de soberania, ou mesmo de território, em sentido lato, e que não se confunde com a atividade dos tribunais ou autoridades estatais¹²².

Dos conceitos acima indicados, é possível concluir que não existe uma definição única para a Cooperação Jurídica Internacional, mas uma característica permeia as diferentes doutrinas: a concessão de assistência entre Estados soberanos à luz da extraterritorialidade, a flexibilização do conceito clássico de soberania e a aproximação das diferentes nações para solucionar os problemas.

O tema se insere na disciplina denominada por alguns doutrinadores como Direito Processual Internacional, que alcança princípios e normas inerentes ao acesso à justiça no plano transnacional, estando, dessa maneira, associada ao ramo do Direito Internacional Privado¹²³.

¹²¹ PERLINGEIRO, Ricardo, *Cooperação Jurídica Internacional e Auxílio Direto in O Direito Internacional Contemporâneo*, org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.797/810.

¹²² SHAW, Malcolm Nathan. *International Law – 6th ed.* Cambridge University Press, 2008, p. 647.

¹²³ STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr, 2003, p.28

Mais especificamente, a disciplina se insere entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado. Há autores que defendem a autonomia científica da disciplina, tendo em vista os pontos de contato com as esferas público e privada, mas também a necessária observância a postulados típicos de Direito Constitucional¹²⁴.

A Cooperação, baseada em um senso de recíprocos deveres entre os Estados de defesa das relações econômicas e comerciais estabelecidas em escala planetária, objetiva também assegurar os direitos fundamentais protegidos por normas nacionais e internacionais¹²⁵.

Há autores, ainda, que seguindo uma tendência de humanização do Direito Internacional, vão além, para considerar a Cooperação Jurídica Internacional como uma realidade que ultrapassa a esfera dos Estados, pois afeta também a *“pessoa cujos direitos e garantias possam ser afetados pelas diligências solicitadas”*¹²⁶.

Como adiantado, o fluxo de atos de Cooperação Jurídica Internacional se intensificou nos últimos anos em razão da transnacionalização e o aumento do fluxo internacional de dados. Não obstante, sua prática era conhecida do judiciário brasileiro desde o império, pois desde 1847 já circulavam cartas rogatórias e sentenças estrangeiras entre o Brasil e Portugal (com o Aviso Circular de 1847, também responsável pela introdução da figura da extradição e que durante muito tempo foi o grande expoente da cooperação internacional).

No plano internacional, a Cooperação Jurídica Internacional frequentemente foi objeto de negociações visando o estabelecimento de regras uniformes para a matéria. Essas regras, de origem internacional, são convenientes porque garantem maior rapidez e eficácia ao cumprimento das medidas provenientes de outro país ou endereçadas ao estrangeiro.

¹²⁴ Araujo, Nádia de. *Op cit.* p. 267.

¹²⁵ Araujo, Nádia de. *Op cit.* p. 267.

¹²⁶ CERVINI, Raúl e TAVARES, Juarez. Princípios da Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul. São Paulo: RT, 2000, p.81/82.

Nesse ponto, destaca-se o trabalho realizado desde o início do século XX pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, cujos instrumentos mais conhecidos são na área processual e no direito de família e infância. As iniciativas da Conferência da Haia conferiram o devido peso à cooperação internacional e as convenções ratificadas em seu âmbito impulsionaram a matéria e têm contribuído de forma crescente para a uniformização de procedimentos judiciais e administrativos e para a constante troca de informações entre os estados-membros¹²⁷.

No entanto, os entraves burocráticos associados ao instituto da carta rogatória (escopo limitado, absoluta discricionariedade do país estrangeiro, longo trâmite diplomático, dentre outros) resultaram na criação de outro instituto hábil a conferir respostas mais céleres e adequadas de que a comunidade internacional necessita, principalmente diante do avanço tecnológico: os Tratados de Mútua Assistência ou *Mutual Legal Assistance Treaties* (cuja sigla é “MLATs”).

Dotados de maior vinculatividade, os MLATs eliminaram grande parte da burocracia presente nas cartas rogatórias, com a figura da autoridade central, a qual passou a ser o ponto de contato direto entre as nações estrangeiras, imprimindo maior celeridade e eficácia aos pedidos de mútua assistência.

É importante pontuar, nesse aspecto, o papel assumido pelo Brasil. Nos últimos anos, o país tem retomado sua posição de destaque e contribuído positivamente nas negociações das convenções e na difusão das atividades da organização¹²⁸.

O crescimento do volume de demandas envolvendo interesses transnacionais acarretou o incremento das ações de caráter legislativo, jurisprudencial e doutrinário dos mecanismos de cooperação jurídica internacional. Conforme destacado acima, a relevância da matéria para o país se reflete no espaço autônomo que lhe foi

¹²⁷ ARAUJO, Nadia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional. In: Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal. (Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). 3. Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 33.

¹²⁸ ARAUJO, Nadia de, “A Conferência da Haia de direito internacional privado: reaproximação do Brasil e análise das convenções processuais”, in Revista de Arbitragem em Mediação RArb, Ano 9, n. 35, Out-Dez 2012, Revista dos Tribunais, p. 189/212.

atribuído no Código de Processo Civil de 2015 e com a criação de uma Secretaria própria sobre o tema dentro do Itamaraty.

O respeito à obrigação de promover a Cooperação Jurídica Internacional é imposto pela própria comunidade internacional¹²⁹. Qualquer resistência ou desconfiança com relação ao cumprimento de atos provenientes do estrangeiro deve ceder lugar ao princípio da boa-fé que rege as relações internacionais de países soberanos, tanto nos casos cíveis quanto penais. Afinal, o mundo está cada dia menor e mais próximo.

Não se pode, contudo, perder de vista as dificuldades da atividade de cooperação jurídica internacional enfrentadas pelas autoridades públicas. O conceito arraigado de soberania presente nas regras atinentes à jurisdição estatal e as deficiências de informação sobre outros sistemas jurídicos constituem tradicionais entraves às relações entre os Estados¹³⁰.

3.2 Finalidade da Cooperação Jurídica Internacional

Segundo Silvio Antônio Marques¹³¹, a Cooperação Jurídica Internacional é necessária em razão da soberania de cada estado que impede a execução direta das medidas judiciais originadas em um determinado Estado em outro território, exceto quando este último autorizar. É, portanto, uma necessidade de os Estados cooperarem reciprocamente para a consecução dos objetivos.

Diante disso, a finalidade da cooperação é a prestação de auxílio mútuo entre os Estados e a resolução de problemas internos não solucionáveis unilateralmente por um determinado país. Segundo Carreira Alvim, a cooperação tem por objetivo o *“intercâmbio de soluções de problemas entre Estados soberanos, viabilizando as*

¹²⁹ Nesse sentido, ressaltando a necessidade de cooperar dos Estados, confira-se a Resolução da Assembleia Geral da ONU, nº 2526, 1970, disponível em www.un.org.

¹³⁰ SCHLOSSER, Peter, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, in *Recueil des Cours*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2001, p. 26.

¹³¹ MARQUES, Sílvio Antônio. *Noções Sobre Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo. APMP, 2009, p. 17.

*pretensões dos Estados, no exterior, e de igual sorte, dos Estados, no plano interior, atendendo reivindicações externas*¹³².”

Segundo o entendimento do próprio Ministério da Justiça, a cooperação jurídica internacional é o modo formal de solicitar a outro país alguma medida judicial, investigativa ou administrativa necessária para um caso concreto em andamento. A efetividade da justiça, dentro de um cenário de intensificação das relações entre as nações e seus povos, seja no âmbito comercial, migratório ou informacional, demanda cada vez mais um Estado proativo e colaborativo. As relações jurídicas não se processam mais unicamente dentro de um só Estado Soberano, pelo contrário, é necessário cooperar e pedir a cooperação de outros Estados para que se satisfaçam as pretensões por justiça do indivíduo e da sociedade¹³³.

Além disso, a cooperação também garante aos órgãos jurisdicionais dos Estados a garantia do acesso à justiça e a busca da efetividade da tutela jurídico-administrativa, através da colaboração que beneficiará tanto os Estados, quanto os próprios jurisdicionados.

Isso porque, o intercambio cooperativo entre os Estados é estabelecido para a defesa de interesses próprios, mas também para a defesa dos interesses dos cidadãos, principalmente no tocante a proteção dos direitos humanos. Para tanto, é necessária a elaboração de normas jurídicas internas e internacionais que disciplinem a cooperação recíproca com o objetivo comum da resolver problemas internos que dependam de outro Estado, desde que garantam a proteção aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e aos direitos humanos previstos nos tratados internacionais.

Para André de Carvalho Ramos, “*a centralidade dos direitos humanos deve constituir um dos pilares da Cooperação Jurídica Internacional, norteando a interpretação dos institutos relacionados à matéria*”.¹³⁴

¹³² CARREIRA ALVIM, J. E., 2015, p. 17.

¹³³ <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional> - Acesso em 11.1.2018

¹³⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p.4

Nesse sentido, também Nádia de Araújo afirma que *“em se tratando de Cooperação Jurídica Internacional, não pode faltar à discussão do tema um olhar sob dois prismas distintos que dizem respeito à perspectiva a ser adotada na hora de concretizar a cooperação internacional: de um lado, uma perspectiva ex parte principis, ou seja, a lógica do Estado preocupado com a governabilidade e com a manutenção de suas relações internacionais; de outro, a perspectiva ex parte populi, a dos que estão submetidos ao poder, e cuja preocupação é a liberdade, e tendo como conquista os direitos humanos”*¹³⁵.

Denise Neves Abade¹³⁶, também abordando sobre a importância dos direitos fundamentais no âmbito da cooperação jurídica internacional, lembra um caso paradigmático, que exemplifica a relevância dos direitos humanos nos processos cooperacionais; o pedido de extradição de Henrique Pizzolato, feito pelo Brasil à República Italiana. Tal pedido que foi inicialmente negado com fundamento na proteção dos direitos humanos, uma vez que um dos argumentos levantados pela defesa de Pizzolato e acatado pela Justiça italiana, foram as condições desumanas e degradantes dos presídios no Brasil e a violação da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, é possível afirmar, em resumo, que a Cooperação Jurídica Internacional possui como finalidade principal a defesa dos interesses do Estado e de seus jurisdicionados na resolução de conflitos não solucionáveis unilateralmente, bem como garantia do pleno acesso à justiça na busca da efetividade da tutela transnacional e do respeito aos direitos humanos.

3.3 Classificações da Cooperação Jurídica Internacional

Conceitualmente, a Cooperação Jurídica Internacional é dividida segundo critérios de iniciativa de solicitação, qualidade do ente que coopera, finalidade e procedimento utilizado para a efetividade da cooperação.

¹³⁵ ARAUJO, Nádia de. *Op cit.*, 2014, p. 30.

¹³⁶ ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2013, p.

Quanto à iniciativa de solicitação, a cooperação pode ser dividida entre ativa e passiva. Será ativa quando se referir a quem solicita a assistência e passiva quando indicar àquele que é solicitado. Ou seja, em relação ao sujeito de onde se origina o pedido ou a quem é demandado.

Essa é a classificação mais conceitual entre as modalidades de cooperação jurídica internacional. Segundo Ricardo Perlingeiro Mendes¹³⁷, ao examinar esse critério de classificação, exemplifica que a cooperação pode ocorrer de forma ativa, quando o Brasil remete uma carta rogatória a Estado estrangeiro para seu cumprimento; e será passiva, quando um Estado estrangeiro remete uma carta rogatória às autoridades brasileiras para que, nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça a execute. Trata-se, pois, de critério simples e limitado.

Ou seja, se há necessidade de a jurisdição nacional obter atos a serem praticados por agentes estrangeiros, será hipótese de cooperação ativa. Em sentido contrário, tem-se a cooperação passiva quando ocorrer a necessidade de realização de atos públicos nacionais – administrativos ou judiciais – que sirvam à jurisdição estrangeira.

Outro critério refere-se à classificação do órgão que coopera. Quando se tratar de autoridades judiciais, tem-se a cooperação jurisdicional internacional. Já quando a autoridade cooperante for administrativa, será cooperação jurídica administrativa.

Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹³⁸ reconhecem que o legislador brasileiro optou pela expressão “cooperação jurídica internacional” no intuito de não restringir a prática ao âmbito jurisdicional, o que significa que a cooperação também pode ocorrer em processos administrativos.

Na prática das atividades de cooperação, muitos dos pedidos de natureza administrativa são prestados diretamente pela Autoridade Central,

¹³⁷ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Op Cit.*, 2006 p. 799

¹³⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo*. Vol 1. 16ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 182

independentemente do envio ao órgão ou autoridade nacional, em razão da disponibilidade e dos mecanismos de comunicação. Isso, porém, não ocorre nos casos de cooperação jurisdicional, que envolvam as autoridades judiciais.

Segundo Fabrício Polido¹³⁹, é possível ainda estabelecer os regimes de cooperação jurídica – administrativa ou judicial – de acordo com os instrumentos normativos relevantes e a forma se estruturam os regimes a nível global, regional ou bilateral.

Os regimes multilaterais de caráter universal são fundados em tratados e convenções multilaterais, como exemplo a Convenção de Haia, a Convenção Relativa a Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de adoção internacional, entre outros.

Já os regimes multilaterais de caráter regional e comunitário são estruturados por tratados e convenções adotados no âmbito de organizações internacionais regionais e de integração, como as Convenções da OEA, Regulamentos da União Europeia e os Protocolos do Mercosul.

Os bilaterais, por sua vez, são regimes estabelecidos por tratados e acordos de cooperação e assistência jurisdicional em matéria penal, civil, comercial, trabalhista entre dois Estados. Portanto, possuem aplicação específica, tais como os tratados e convenções firmados pelo Brasil, por exemplo o Acordo de Assistência Judiciária entre Brasil e Estados Unidos ou *Mutual Legal Assistance Treaties*.

Por fim, há também as redes focais. Tratam de estruturas baseadas em tratados, acordos e memorandos de entendimentos entre Estados e autoridades governamentais, como a Rede Ibero-americana de Cooperação Jurídica, a Rede de Cooperação da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, entre outros.

¹³⁹ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Fundamentos, estruturas e mecanismos de cooperação jurídica internacional e o Código de Processo Civil brasileiro*. Ed. Revista dos Tribunais, v. 990. Caderno Especial. 2018. p. 49/50

Quanto à finalidade de cooperação internacional, faz-se necessária uma subdivisão, uma vez que a cooperação pode ocorrer por assistência entre os Estados, como nos casos de produção de provas; pode ocorrer para causar gravames patrimoniais, como o no caso de sequestro de bens; ou pode ainda ter por objeto a execução de medida capaz de causar gravame irreparável aos direitos e liberdades do indivíduo, como ocorre com a extradição.

Esse critério, porém, é alvo de diversas críticas da doutrina, em razão da ocorrência de conflitos de finalidade ou finalidades dúbias, quando um estado solicita medidas que podem, ao mesmo tempo, envolver patrimônio, liberdade e simples notificações, não tendo, portanto, muita valia prática.

Outro critério de classificação diz respeito ao procedimento ou mecanismos de cooperação. Um procedimento comumente utilizado é a homologação de sentença estrangeira, que objetiva reconhecer a eficácia de uma decisão proferida em um Estado estrangeiro.

Também o procedimento de carta rogatória é muito utilizado e se destina ao cumprimento de medidas para a comunicação de atos processuais, tais como citação, intimação e realização de provas.

Por fim, o auxílio direito, cujo objeto muitas vezes se confunde com os da carta rogatória, embora haja clara distinção entre estes em relação ao procedimento. O auxílio direito, como será melhor abordado, é menos burocrático, mais ágil e eficaz do que a carta rogatória.

3.4 Estrutura básica da Cooperação Jurídica Internacional

Apesar das várias modalidades de Cooperação Jurídica Internacional, uma estrutura básica comum para todas pode ser delineada. André de Carvalho Ramos¹⁴⁰ aponta quatro elementos comuns a todas as espécies: (i) os sujeitos da

¹⁴⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p.6

cooperação; (ii) as vias de comunicação empregadas; (iii) os mecanismos de transmissão do pleito cooperacional; e (iv) o pedido.

3.4.1 Sujeitos da Cooperação Jurídica Internacional

É possível identificar, na cooperação internacional, sujeitos imediatos ou diretos e sujeitos mediatos ou indiretos. Como sujeitos imediatos figuram os Estados e, eventualmente, as organizações internacionais intergovernamentais. Já os sujeitos mediatos são os indivíduos, uma vez que são eles que terão seus direitos afetados pela concessão ou pela denegação da cooperação.

Com relação aos sujeitos mediatos, os indivíduos, é importante destacar que o processo cooperacional deve sempre levar em consideração as garantias fundamentais e os direitos humanos, caso contrário, os Estados envolvidos serão levados aos tribunais internacionais. O Brasil, por exemplo, já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁴¹.

3.4.2 Vias de comunicação Cooperação Jurídica Internacional

A Cooperação Jurídica Internacional envolve organismos ou indivíduos de dois Estados. Além dos sujeitos, a cooperação exige vias para que se realize e que necessitam ser estabelecidas entre os Estados, são os meios de comunicação entre o Estado que requer e aquele que presta a cooperação.

Segundo André de Carvalho Ramos, são quatro vias presentes a comunicação cooperacional. A primeira é a via diplomática que indica o *uso dos canais diplomáticos e consulares preexistentes para também realizar o trâmite de pleitos cooperacionais*.¹⁴² A economicidade é uma grande vantagem dessa via, pois não exige maiores investimentos, em razão de constituir um canal de comunicação permanente entre os Estados¹⁴³.

¹⁴¹ ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2013, p. 80

¹⁴² RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p.8

¹⁴³ ABADE, Denise Neves. *Op. Cit.* p. 85

A desvantagem, porém, em relação a outras vias cooperacionais consiste no fato de não se tratar de uma via exclusiva ou especializada, o que acaba por comprometer a celeridade e a eficiência da prestação cooperacional. É uma via, por muitas vezes, considerada lenta.

A segunda via de comunicação dos pleitos cooperacionais é via Autoridade Central. Nos termos do artigo 26, inciso IV¹⁴⁴, é o órgão competente para *a recepção e transmissão dos pedidos de cooperação*. Não se trata de uma inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, mas, sim, da incorporação de conceito consagrado no Direito Internacional por meio de tratados e já bastante utilizado, inclusive pelo Brasil.

Para André Ramos, a Autoridade Central é *“órgão de comunicação inserido em cada Estado e necessariamente previsto em tratados internacionais, que visa determinar um ponto unificado de contato entre os países para a tramitação dos pedidos de cooperação jurídica internacional, com vistas à celeridade e maior efetividade desses pedidos. Aparece nos últimos tempos como parte determinante do pacote de medidas, adotadas pelos países signatários de tratados internacionais em matéria de cooperação, voltadas à modernização da ajuda jurídica internacional”*¹⁴⁵.

Para Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹⁴⁶, em termos práticos, há necessidade de que exista a Autoridade Central para a transmissão e recepção dos pedidos de cooperação.

Internacionalmente, verifica-se que a indicação normalmente recai sobre o Ministério da Justiça, para algum órgão de cúpula do Ministério Público, ou ainda, para um órgão vinculado ao próprio Poder Judiciário.

¹⁴⁴ Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: IV - a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação;

¹⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p.9

¹⁴⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 182

No Brasil, nos termos do artigo 26, parágrafo 4º, do CPC/2015¹⁴⁷, a Autoridade Central será o Ministério da Justiça, através do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), ligada à Secretaria Nacional de Justiça, nos termos do disposto nos artigos 2º, alínea “a”¹⁴⁸, e 13, inciso III¹⁴⁹, do Decreto nº 9.662 de 1º de janeiro de 2019.

Nos termos do artigo 14 do referido Decreto, também compete ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional a cooperação 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; negociar acordos de cooperação jurídica internacional; além de exercer as funções de ponto de contato, enlace e similares nas redes de cooperação internacional e de recuperação de ativos.

A utilização da Autoridade Central objetiva concentrar em um único órgão o envio e recebimento dos pedidos de cooperação e, assim, melhorar a *expertise*, agilidade e efetividade dos pleitos cooperacionais. Acredita-se, assim, que, ao concentrar em um único órgão especializado para a matéria, ele seja capaz de promover cooperações mais eficientes e mais céleres, evitando retrabalho e retardamento desnecessários.

Conforme explica André Ramos, a Autoridade Central desempenha três funções básicas *(i) gerenciar e agilizar o trâmite dos pleitos cooperacionais, recebendo e enviando-os a outro Estado, dispensando-se a via diplomática; (ii) zelar pela adequação das solicitações enviadas e recebidas aos termos do tratado; e (iii)*

¹⁴⁷ Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará. § 4º O Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica.

¹⁴⁸ Art. 2º O Ministério da Justiça e Segurança Pública tem a seguinte estrutura organizacional: a) Secretaria Nacional de Justiça: 1. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional;

¹⁴⁹ Art. 13. À Secretaria Nacional de Justiça compete: III - coordenar a negociação de acordos e a formulação de políticas de cooperação jurídica internacional, civil e penal, e a execução dos pedidos e das cartas rogatórias relacionadas com essas matérias;

*capacitar as autoridades públicas envolvidas, de modo a aperfeiçoar os pedidos emitidos*¹⁵⁰.

Interessante notar, contudo, que a Procuradoria-Geral da República, órgão de cúpula do Ministério Público Federal, também tem sido designada como autoridade central em alguns tratados internacionais sobre cooperação em matéria penal¹⁵¹, bem como a Secretaria de Direitos Humanos tem sido encarregada de exercer o papel de Autoridade Central em alguns tratados¹⁵².

Como terceira via de comunicação na Cooperação, cita-se a via do contato direto. Nesse caso, órgãos específicos de um determinado Estado que necessita da cooperação de um Outro, entram em contato direto com a sua contraparte localizada no país estrangeiro, sem intermediação do corpo diplomático ou de Autoridades Centrais.

Denise Abade esclarece que o *“contato direto é objetivo final de muitos processos de integração entre Estados e mimetiza aquilo que ocorre em um Estado Federal, no qual os juízos criminais estabelecidos em entes federados distintos pedem e são demandados entre si, sem qualquer intermediação”*¹⁵³.

Importante ressaltar que o contato direto não se confunde com o procedimento do auxílio direto. O contato direto ocorre sem a presença de intermediários; já o auxílio direto ocorre via Autoridades Centrais dos Estados envolvidos.

André Ramos aponta, ainda, uma quarta via de comunicação presente em determinados pedidos de cooperação. Seriam as formas simplificadas de comunicação, consistentes na via postal, a utilização de correspondência para transmitir determinados atos cooperacionais, e na via “por qualquer interessado” (situação em que o próprio interessado na cooperação providencia a comunicação e

¹⁵⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p.9

¹⁵¹ Como nos Tratados de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre Brasil e Portugal e entre Brasil e Canadá

¹⁵² Na Convenção de Haia sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em matéria de adoção internacional.

¹⁵³ ABADE, Denise Neves. *Op. Cit.* p. 87

entrega de atos realizados em uma determinada jurisdição para utilização em outra, depois da legalização dos documentos públicos estrangeiros, necessária para assegurar a autenticidade da documentação)¹⁵⁴.

3.4.3 Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional

Os mecanismos de cooperação, também conhecidos como espécies instrumentais cooperacionais, são os instrumentos utilizados para efetivar os pedidos de cooperação.

Internacionalmente e tradicionalmente, os Estados reconhecem como mecanismos de cooperação internacional (i) a carta rogatória; (ii) as ações de extradição; (iii) as ações de homologação de sentença estrangeira; (iv) as ações de transferência de sentenciados; (v) os procedimentos de transferência de processos; e (vi) o auxílio direto, entre outros.

O rol não é taxativo, já que os pedidos de cooperação jurídica internacional podem ser veiculados até mesmo por simples petição, como nos casos de contato direto.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê algumas regras específicas sobre alguns desses mecanismos, como o auxílio direto, disposto nos artigos 28 à 34, a carta rogatória, prevista nos artigos 35 e 36, a homologação de sentenças estrangeiras, conforme os artigos 960 a 965, que serão melhor examinadas adiante.

3.4.4 Pedidos de Cooperação Jurídica Internacional

O quarto elemento da estrutura da Cooperação Jurídica Internacional é o próprio pedido cooperacional. Denise Abade, com fundamento nos tratados internacionais cooperacionais, sintetiza os pedidos de cooperação, mas não se limitando em: a) pedido de envio de pessoas ou extradição; b) pedido de assistência jurídica; c) pedido de homologação de sentença estrangeira; d) pedido de

¹⁵⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.* p.12

transferência de sentenciado; e) pedido de transferência de processos; e f) pedido de vigilância de pessoas¹⁵⁵.

A extradição é um dos pedidos mais tradicionais de cooperação jurídica internacional. É definida como ato por meio do qual um indivíduo, acusado de fato delituoso ou já condenado à justiça de outro país competente para julgar e punir, é entregue por um Estado a outro, a fim de que neste seja processado ou punido¹⁵⁶. Pode ser requerida e concedida com base em tratado internacional firmado entre Estado, ou mesmo por reciprocidade, hipótese que deve ser avaliada à luz da legislação e princípios que regem cada país¹⁵⁷.

Normalmente, a extradição é dever consignado em convenções ou tratados internacionais. Na ausência de tratado ou convenção, um Estado pode aceitar a extradição, mediante declaração de reciprocidade do Estado Requerente, através da qual este se compromete a usar a reciprocidade, quando for solicitado em caso idêntico.

No Brasil, o instituto encontra-se regulado da Lei nº 13.445 de 2017, especificamente no capítulo VIII (artigos 81 à 99). O artigo 81 delimita o conceito de extradição com sendo *“a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso”*.

Portanto, o objetivo da extradição é a submissão de estrangeiro, ou brasileiro naturalizado, nas hipóteses previstas na Constituição Federal, nos termos do artigo 82, parágrafo quinto¹⁵⁸, da Lei 13.445/2017. Cumpre observar que a Constituição

¹⁵⁵ABADE, Denise Neves. *Op. Cit.* p. 90

¹⁵⁶MELLO. Celso D. Albuquerque. *Op Cit.* 184

¹⁵⁷TOFFOLI, José Antonio Dias. Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil in Brasil: Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos. Brasília. Secretaria Nacional de Justiça/Ministério da Justiça, 2008. p. 25.

¹⁵⁸§ 5º - Admite-se a extradição de brasileiro naturalizado, nas hipóteses previstas na Constituição Federal.

Federal, no artigo 5º, inciso LI¹⁵⁹, veda a extradição de brasileiros natos e naturalizados, por crimes que sejam realizados após a naturalização. De igual forma, o artigo 82, inciso I¹⁶⁰ da Lei 13.445/17.

Os pedidos de assistência jurídica estão previstos no artigo 27, inciso V, do Código de Processo Civil de 2015. Consiste num conjunto de medidas, geralmente, de cunho preparatório ou de desenvolvimento de um processo cível ou penal, que pode ser veiculado por meio da carta rogatória ou mediante auxílio direto. O conteúdo do pedido de assistência é bastante amplo e pode abranger diversas medidas.

Os pedidos de homologação e cumprimento de sentença estrangeira estão previstos no artigo 27, inciso III, do CPC/2015 e regulamentados nos artigos 960 a 965 do referido diploma, bem como pela Resolução nº 9 do Superior Tribunal de Justiça de 2005, complementada pela Emenda Regimental nº 18 de 2014. Em síntese, ocorre com o requerimento de uma parte interessada, para que a decisão estrangeira possa ser executada em território de outro Estado, sendo veiculado por meio de uma ação de homologação de sentença estrangeira.

O pedido de homologação de sentença serve, portanto, para o reconhecimento e consequente execução de provimento jurisdicional emanado de autoridade judicial estrangeira, em território de outro Estado.

Ao examinar o pedido de homologação de sentença estrangeira, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁶¹ citam Carnelutti para quem *“é um equivalente jurisdicional, isto é, um ato que pode servir para o mesmo fim da jurisdição, mas que não implica exercício de jurisdição, visto que não busca satisfazer o interesse público na composição dos conflitos e que o juiz do Estado*

¹⁵⁹LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

¹⁶⁰Art. 82. Não se concederá a extradição quando: I - o indivíduo cuja extradição é solicitada ao Brasil for brasileiro nato.

¹⁶¹NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria De Andrade. Código de Processo Civil comentado. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 287

estrangeiro não é órgão do Estado estrangeiro não é órgão que proferiu a sentença, este sim, detentor da jurisdição (Carnelutti. Sistema DPC, V.I, p. 154 e 157)”.

O pedido de transferência de sentenciados prevê a possibilidade de que uma pessoa condenada em determinado país onde cometeu um ilícito possa cumprir a pena privativa de liberdade (ou outras medidas alternativas) no seu país de origem ou mesmo em outro Estado. O pedido, realizado em âmbito de um procedimento de transferência de sentenciado, consiste no requerimento feito por um Estado para outro, para que a pessoa seja transferida. Trata-se de um instituto cooperacional que possui um verdadeiro caráter humanitário, pois, na maior parte das vezes, pretende aproximar o preso e sua família, no país de sua nacionalidade¹⁶².

O pedido de transferência de processo é uma prática cooperacional pouco utilizada no Brasil. Trata-se de um requerimento para que determinado processo judicial seja remetido a outro Estado, para o seu melhor desenvolvimento, operando-se por meio de um procedimento de transferência de processo. No ordenamento jurídico pátrio, é possível identificá-lo no artigo 21 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

Ocorre quando a transferência seja considerada necessária no interesse da boa administração da justiça e quando estejam envolvidas mais de uma jurisdição, a fim de centralizar a instrução processual, por exemplo.

Por fim, o pedido de vigilância de pessoas ocorre quando um Estado requer ao outro que proceda à vigilância de determinado indivíduo condenado ou libertados condicionalmente, que residam habitualmente em território do Estado a quem essa cooperação é solicitada.

¹⁶²Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 8.049, de 11 de julho de 2013.

Não importa qual o pedido de cooperação pretendido, há sempre necessidade de observância dos direitos humanos e garantias fundamentais dos indivíduos envolvidos.

3.5 A Cooperação Jurídica Internacional no Código de Processo Civil de 2015

Conforme exposto, o mundo hiperglobalizado contemporâneo, e suas relações transnacionais, intensificou o fortalecimento da Cooperação Jurídica Internacional nos últimos anos. Tal fato pode ser observado com o aumento do número de tratados sobre a matéria, inclusive com estabelecimento de novos mecanismos de cooperação e aprimoramento daqueles já existentes.

No Brasil, a Constituição estabelece que a Cooperação Jurídica Internacional constitui um dos fundamentos da própria República, a teor do artigo 4º, inciso IX, consagrando o Estado Constitucional Cooperativo de Peter Härbele¹⁶³.

Também internamente, mas no plano infraconstitucional, a regulamentação da Cooperação Jurídica Internacional está fragmentada em diversos diplomas legais, tais como na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a LINDB (Decreto-lei nº 4.657/42), no Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – STJ, especificamente nos artigos 216-A a 216-X)¹⁶⁴, na Portaria Interministerial nº 501 do Ministério das Relações Exteriores - MRE/MJ, e no Código de Processo Civil de 2015, instituído pela Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, que reservou um capítulo específico e significativo para tratar da Cooperação Jurídica Internacional.

Em todo o mundo, o fluxo de atos de cooperação internacional se intensificou, com especiais reflexos na área cível. Segundo Nádia de Araújo, *“há um aumento de pedidos de citação de pessoas domiciliadas no Brasil, bem como a homologação rotineira de sentenças de divórcios. Além disso, há questões comerciais que são*

¹⁶³ HARBELE, Peter. *Op. Cit.* p. 70.

¹⁶⁴ Emenda Regimental nº 18, de 2014 – inseriu no Regimento Interno do STJ o Título VIII-A.

*objeto desses instrumentos, tendo havido um grande crescimento de pedidos de homologação de laudos arbitrais estrangeiros”*¹⁶⁵.

São rotineiros os atos cooperacionais para cumprimento e requisição de providências diversas de outros países. Esse crescimento no volume de demandas envolvendo interesses transnacionais acabou por acarretar no Brasil o aumento das ações legislativas, doutrinárias e jurisprudencial relativas à cooperação internacional, o que acabou por reverberar no Código de Processo Civil.

A cooperação internacional já era usualmente praticada no âmbito do judiciário brasileiro, a qual era amparada por disposições presentes na revogada Resolução nº 9, de 2005 do STJ, cujas disposições foram incorporadas ao Regimento Interno do Tribunal nos artigos 216-A a 216-X, por meio da Emenda Regimental nº 18, de 2014, leis dispersas no ordenamento, regulamentos, regimentos e tratados. Tal fato pode ser observado no exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Assim, o CPC/2015 consolida esses princípios e regras aplicáveis à Cooperação Jurídica Internacional.

Para Fabrício Polido, com o CPC/2015 confirma-se o perfeito entrosamento entre o Direito Internacional Privado e o Direito Processual Internacional, ao lado da jurisdição nacional e seus limites (artigos 21 a 25), cooperação jurídica internacional (artigos 26 a 41) e aspectos procedimentais de homologação e execução de decisões estrangeiras¹⁶⁶.

Ainda para o autor, as opções político-legislativas poderão gerar a “internacionalização” ou “abertura internacional da sistemática processual civil” do direito brasileiro¹⁶⁷. O próprio artigo 13 do CPC contém regra segundo a qual a jurisdição civil é regrada pelas normas processuais internas, mas *ressalva as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.*

¹⁶⁵ ARAUJO, Nadia de. *Op cit.*, 2014, p. 36.

¹⁶⁶ POLIDO. Fabrício Betini Pasquot. *Op Cit.* 2018. p. 38

¹⁶⁷ POLIDO. Fabrício Betini Pasquot. *Op Cit.* 2018. p. 39

Da mesma forma, de modo impositivo o CPC/2015 determina que a cooperação jurídica internacional deve observar os tratados de que o Brasil é parte e que integram o ordenamento jurídico interno, conforme disposto no artigo 26, *caput*¹⁶⁸. A opção feita pelo CPC para a cooperação, portanto, é a da via preferencial por tratados e convenções e, subsidiariamente, por via diplomática por reciprocidade.

Nesse sentido, faz-se necessário, aos operadores do Direito, conhecerem os fundamentos, estruturas e mecanismos do direito processual internacional, do direito processual transnacional, os quais passam a fazer parte da prática brasileira sobre o tema¹⁶⁹.

É necessária uma mudança de paradigma e de cultura do formato do contencioso brasileiro, levando-se sempre em consideração as garantias processuais e direitos fundamentais do processo, tais como direito de ação, ampla defesa, devido processo legal, proteção e força da coisa julgada, entre os diferentes sistemas jurídicos e que se efetivam através da cooperação internacional. De igual modo, o ideal de acesso à justiça pressupõe a observância aos direitos humanos. É à luz dessas premissas que o código processual deve ser interpretado e aplicado.

3.5.1 Princípios da Cooperação Jurídica Internacional

Segundo Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹⁷⁰, além das regras provenientes de tratados dos quais o Brasil seja parte e das normas fundamentais que regem o Estado brasileiro, a cooperação jurídica internacional deve observar, ainda, os princípios dispostos no artigo 26 do CPC/2015.

É que o artigo 26 do CPC/2015 estabelece, em seus diversos incisos, a base principiológica da cooperação em que o Estado brasileiro esteja envolvido. Nesse sentido, passa-se a examinar os princípios que devem reger a cooperação.

¹⁶⁸ Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará (...)

¹⁶⁹ POLIDO. Fabrício Betini Pasquot. *Direito Processual Internacional e contencioso internacional privado*. Ed. Juruá, Curitiba. 2013, p. 25

¹⁷⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 182

a) princípio do devido processo legal, nos termos do artigo 26, inciso I, em consonância ao disposto no artigo 5º, LIV, da Constituição: o pedido cooperacional com início no Estado estrangeiro que solicita a cooperação ao Brasil deverá observar as garantias do devido processo legal, como: o contraditório, a ampla defesa, a produção de provas lícitas e vedação das provas ilícitas, autonomia judiciária, a publicidade dos atos processuais, entre outros. Referido princípio do respeito às garantias do devido processo legal constitui um desdobramento da ordem pública internacional, sendo que o desrespeito a esse princípio implica na negação do direito à tutela efetiva e verdadeira ofensa aos princípios fundamentais de um Estado¹⁷¹. Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁷², o inciso serve ainda de alerta à postura diplomática do Brasil.

b) princípio da igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no território brasileiro, conforme disciplina o artigo 26, inciso II e artigo 5º, *caput*, da Constituição: garante que todos terão igualdade de tratamento no que diz respeito às condições de acesso à justiça e à tramitação dos processos, efetivo e com as garantias correspondentes) e à tramitação dos processos. Determina que não haverá privilégios para quem quer que seja, assegurando ainda a assistência judiciária aos necessitados¹⁷³, o que inclui inclusive as despesas processuais, notadamente aquelas realizadas com a tradução de documentos estrangeiros.

c) princípio da publicidade processual, previsto no artigo 26, inciso III, e artigos 5º, inciso LX, e 93 da Constituição: determina que a publicidade processual deve ser garantida, ressalvadas as regras de sigilo previstas no ordenamento jurídico do Brasil e do Estado requerente¹⁷⁴. Importante ressaltar que a regra é a

¹⁷¹ ALVIM, Teresa Arruda. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres. Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo. 1ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015. p. 95

¹⁷² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria De Andrade. Op. Cit. p. 285

¹⁷³ ALVIM, Teresa Arruda. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres. Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo. 1ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015. p. 95

¹⁷⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. Cit. 182

publicidade dos atos que envolvem os pleitos cooperacionais e atua como uma garantia complementar do devido processo legal e da ordem pública internacional.

Para alguns doutrinadores, entre eles Fabrício Polido, o regime de publicidade para os atos de cooperação reflete a preocupação e novas tendências do processo civil, alinhado ao processo internacional de aumento da transparência e acesso à justiça¹⁷⁵.

d) a existência de uma Autoridade Central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação, nos termos do inciso IV, do artigo 26 do CPC/2015: é o órgão de comunicação estabelecido por cada Estado, previsto nos tratados internacionais e que será responsável pelo atendimento dos pedidos realizados, facilitando a troca de informações e a prática dos atos processuais entre os Estados envolvidos na cooperação. Objetiva concentrar em um único órgão o envio e recebimento dos pedidos de cooperação e, assim, melhorar a expertise, agilidade e efetividade dos pleitos cooperacionais.

O parágrafo 4º do artigo 26 estabelece que o Ministério da Justiça exercerá as funções de Autoridade Central na ausência de designação específica em tratados internacionais, através do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), ligado à Secretaria Nacional de Justiça, nos termos do disposto nos artigos 2º, alínea “a” 1, e 13, inciso III, do Decreto nº 9.662 de 1º de janeiro de 2019.

e) princípio da espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras, conforme disposto no artigo 26, inciso V, do CPC/2015: prevê que a cooperação internacional ocorra de forma *razoavelmente informal e transparente*. *“Estados que mantenham mecanismos excessivamente burocráticos ou excessiva reserva para a transmissão de informações para outro Estado, certamente ficarão de fora do alcance da cooperação internacional. Evidentemente, a expressão*

¹⁷⁵ POLIDO. Fabrício Betini Pasquot. *Op Cit.* 2018. p. 55

*espontaneidade não pode significar dispensa de formalidades como a existência de tratado ou de reciprocidade.*¹⁷⁶.

Ou seja, as informações podem ser transmitidas imediatamente, sem a estrita necessidade de solicitação formal pelo Estado requerente. O escopo dessa norma, para Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹⁷⁷, é simplificar os mecanismos de cooperação.

Por fim, o disposto do artigo 26, parágrafo 3º, o CPC/2015 confirma a limitação ao atendimento de atos de cooperação que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com a ordem pública, nos termos já previstos no artigo 17¹⁷⁸ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a LINDB (Decreto-lei nº 4.657/42). A ordem pública pode ser interpretada pelas normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.

3.5.2 Objeto da Cooperação Jurídica Internacional

O artigo 27 do CPC/2015 estabelece, a título exemplificativo, modalidades de atos e diligências processuais que podem ser realizados mediante cooperação jurídica internacional.

De acordo com o referido dispositivo legal, a Cooperação Jurídica Internacional terá por objeto: a) a citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial (inciso I); b) a colheita de provas e obtenção de informações (inciso II); c) a homologação e cumprimento de decisão estrangeira (inciso III); d) a concessão de medida judicial de urgência (inciso IV); e) a assistência jurídica internacional (inciso V); f) ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira (inciso VI).

¹⁷⁶ ALVIM, Teresa Arruda. *Op Cit.* p. 96

¹⁷⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 183

¹⁷⁸ Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Cumprido salientar que a redação final do artigo suprimiu incisos que estavam no Anteprojeto de Lei, tais como espécies de medidas judiciais de urgência (sequestro, arresto, busca e apreensão de bens, documentos, direitos e valores), “perdimento de bens, direitos e valores”, “obtenção de outras espécies de decisões nacionais, inclusive em caráter definitivo”, e informações sobre direito estrangeiro.

No entanto, o disposto no inciso VI estabelece uma cláusula aberta, genérica, dada a impossibilidade de previsão antecipada de todas as matérias que poderiam constituir objeto dos pleitos cooperacionais. Assim, tal inciso dá discricionariedade para que as autoridades brasileiras decidam sobre a concessão ou cumprimento de pedidos de cooperação, desde que não se trate de medida vedada pela legislação brasileira.

Assim, na cooperação qualquer pleito solicitado ao Estado brasileiro, cujo resultado venha ofender normas fundamentais previstas na Constituição, não poderá ser efetivado.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery *“o ideal seria que o CPC se resumisse a este último inciso. Afinal, todo e qualquer procedimento compatível com o ordenamento nacional é viável”*¹⁷⁹.

Interessante salientar, ainda, que para alguns doutrinadores, as disposições previstas no inciso I do citado artigo não podem ser admitidos, na prática, diretamente por meio extrajudicial, como a citação via serviço postal, por exemplo, mas dependeria da figura da autoridade central¹⁸⁰.

3.5.3 Instrumentos da Cooperação Jurídica Internacional no CPC

O CPC/2015, reconhecendo a importância da Cooperação Jurídica Internacional, reserva uma Seção (II) específica para regular mecanismos de maior importância atualmente e que buscam maior celeridade e eficiência da tutela jurisdicional transnacional.

¹⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria De Andrade. Op. Cit. p. 287

¹⁸⁰ ALVIM, Teresa Arruda. Op Cit. p. 97

É possível verificar que o CPC/2015 absorveu, em grande escala, a normativa estabelecida pela revogada Resolução nº 9 de 2005 do STJ, cujas disposições foram incorporadas ao Regimento Interno do Tribunal nos artigos 216-A a 216-X, por meio da Emenda Regimental nº 18, de 17 de dezembro de 2014.

O Código amplia as bases legislativas em torno dos mecanismos de cooperação prevendo além das cartas rogatórias, das decisões de homologação de decisões estrangeiras, o auxílio direto.

A maior parte da doutrina, incluindo Fabrício Polido, entende que essa modalidade de cooperação “*é a mais autêntica inovação no sistema processual brasileiro*”¹⁸¹.

3.5.3.1 Auxílio Direto

Conforme adiantado, uma das maiores inovações do CPC/2015 e avanço no tocante à Cooperação Jurídica Internacional é previsão expressa e a regulamentação do instituto do auxílio direto, mecanismo cooperacional de grande importância internacional na atualidade.

Segundo Denise Abade¹⁸², o auxílio direto surge primeiramente no plano internacional e, pouco a pouco, no âmbito dos ordenamentos jurídicos domésticos; tal figura consiste em um mecanismo cooperacional mais consentâneo à realidade atual, por se tratar de um veículo de cooperação mais aberto, célere e efetivo, notadamente quando comparado a institutos cooperacionais tradicionais, como a carta rogatória e a homologação de sentenças estrangeiras.

Assim, um dos grandes progressos do CPC/2015 foi a incorporação e regulamentação - ainda que, para muitos autores, de forma tímida -, do instituto do auxílio direto.

¹⁸¹ POLIDO, Fabrício Betini Pasquot. *Op Cit.* 2018. p. 60

¹⁸² ABADE, Denise Neves. *Op. Cit.* p. 84/85

Para alguns posicionamentos teóricos, como o sustentado por Fabrício Polido, a legislação brasileira ainda é acanhada e atrasada no tocante à absorção e menção aos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte e que contemplam o auxílio direto como alternativa viável à atividade judicante. O CPC/2015 foi uma boa oportunidade de incluir o instrumento para descomplicar, desburocratizar e desjudicializar a cooperação, como ocorreu com a mediação e a arbitragem.

O Código, por outro lado, não menciona o auxílio direto como providência obrigatória ou preferencial nos casos de aplicação dos tratados internacionais, mas de modo genérico, menciona a possibilidade de pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Estado brasileiro, consoante dispõe o artigo 31.

Também é importante ressaltar que a expressão “auxílio direto” pode ser compreendida de forma ampla, abrangendo tanto atos jurisdicionais como aquelas providências de natureza administrativa, ou de forma mais restrita, abrangendo somente a cooperação entre órgãos jurisdicionais. Assim, há cooperação via auxílio direto entre os órgãos jurisdicionais de diferentes países e há formas de cooperação internacional por auxílio direto entre órgãos administrativos de diferentes Estados, que também foi encampada pelo CPC/2015, conforme disposto no artigo 32.

A prática do direito processual internacional indica ampla autonomia ao auxílio direto. Nas palavras de Nádia de Araújo, *“o auxílio direto é amplo o suficiente para compreender não apenas a cooperação jurisdicional internacional, mas também entre órgãos administrativos, ministérios públicos. O principal distintivo do auxílio direto em relação às rogatórias ou decisões estrangeiras a exequatur é a desnecessidade de um juízo de delibação no tocante à apreciação, pela autoridade do Estado requerido, do pedido de cooperação jurídica formulado pelas autoridades do outro Estado. O principal objetivo de medidas de auxílio direto é o de simplificar e agilizar procedimentos de cooperação jurídica internacional.”*¹⁸³

¹⁸³ ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.* 2014, p. 46.

Destarte, a delimitação do escopo dos pedidos de auxílio direto depende das normas de tratados e convenções multilaterais e bilaterais e da lei interna dos Estados, nos termos do próprio CPC/2015.

A via diplomática também pode, por reciprocidade, ser empresa nas hipóteses de auxílio direto, quando houver ausência de tratados ou convenções¹⁸⁴. Nesse caso, o pedido de cooperação deve conter o escopo e os limites previstos no artigo 26, parágrafos 1º ao 4º.

O auxílio direto está previsto no Código nos artigos 28 a 34. Nos termos do artigo 28 *“é cabível quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de deliberação no Brasil”*, cuja competência é do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, I, i, da Constituição.

Cumprindo observar que referido dispositivo ratifica o Regimento Interno do STJ que, no artigo 216-O, parágrafo 2º (alterado pela Emenda Regimental nº 18 de 2014), reconhece os pedidos de cooperação internacional que tiverem por objeto *“atos que não ensejem juízo de deliberação do Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados de carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto”*.

Portanto, nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *“o auxílio direto é uma forma de cooperação que evita procedimentos intermediários. O pedido deve ser encaminhado diretamente para a autoridade encarregada que tomará as medidas cabíveis”*¹⁸⁵.

Nos termos do artigo 30 do CPC/2015, além dos casos previstos em tratados e convenções dos quais o Brasil seja signatário, também podem ser objeto de auxílio direto a obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais (inciso I), a colheita de provas,

¹⁸⁴TOFFOLI, José Antonio Dias. Op. Cit. p. 27.

¹⁸⁵NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria De Andrade. Op. Cit. p. 288

exceto quando a medida for adotada em processo em curso no exterior, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira (inciso II) e qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei pátria (inciso III).

Para Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹⁸⁶, esse rol também não é taxativo, desde que a medida requerida não seja proibida pela lei brasileira e não decorra diretamente de decisão judicial que tenha se ser submetida a juízo de deliberação.

Sobre deliberação, Amílcar de Castro explica trata-se de *“tirar, colher um pouco de algo, tocar de leve, saborear, provar, no sentido de experimentar, examinar, verificar; e, portanto, o que pretende significar em direito processual é que o tribunal, tomando conhecimento da sentença estrangeira, para mandar executá-la, toca de leve apenas em seus requisitos externos, examinando a sua legitimidade, sem entrar no fundo, ou mérito, do julgado”*¹⁸⁷.

Portanto, no auxílio direto não há o exercício do juízo de deliberação, pois não há ato jurisdicional a ser examinado. Ao requerer o auxílio direto, o Estado não precisa dizer o direito e pode transferir às autoridades do outro Estado essa função. Ou seja, no auxílio direto, o Estado não pede o reconhecimento ou a execução de um ato jurisdicional ou administrativo, mas sim que se profira ato jurisdicional referente a uma determinada questão envolvendo um litígio em curso em seu território.

Com relação ao procedimento do auxílio direto, o artigo 29 do CPC/2015 determina que a solicitação será encaminhada pelo órgão estrangeiro interessado à Autoridade Central, cabendo ao Estado requerente assegurar a autenticidade e a clareza do pedido, de modo a não deixar dúvidas sobre a providência que se pretende.

Em complementação, o artigo 31 do CPC/2015 dispõe que *“autoridade central brasileira se comunicará diretamente com suas congêneres e, se necessário, com*

¹⁸⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 183

¹⁸⁷ CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 477

outros órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e pela execução de pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Estado brasileiro, respeitadas disposições específicas constantes de tratado”.

Portanto, conforme entendimento de Fabrício Polido, em determinadas situações, não há necessidade de prestação ou intervenção jurisdicional, o que abre espaço para atuação imediata e espontânea das autoridades centrais e divisões de cooperação jurídica nos Estados¹⁸⁸.

Como adiantado, esse instrumento objetiva facilitar a administração da justiça em escala global, conforme reconhecido pelo artigo 32 do Código. Outros casos de auxílio direto, mesmo não havendo necessidade de juízo de delibação para cumprimento do pedido estrangeiro, a autoridade jurisdicional do Estado pode ser chamada para atuação, como nos casos dispostos nos artigos 33 e 34 do CPC/2015.

Assim, nos termos do citado artigo 33 do Código, quando o pedido cooperacional envolver cooperação judicial, a Autoridade Central brasileira encaminhará a documentação para a Advocacia Geral da União, que requererá em juízo a medida solicitada. Uma vez proferida a decisão pelo juízo brasileiro e recebida essa informação quanto ao cumprimento do pedido feito, a Autoridade Central brasileira encaminhará à Autoridade Central do Estado estrangeiro, que o remeterá à autoridade requerente estrangeira, cumprindo-se o pleito cooperacional.

O artigo 34 define o juízo competente para apreciar esses pedidos de auxílio passivo que demande prestação jurisdicional é o da Justiça Federal do lugar em que deva ser executada a medida.

Nos casos de cooperação internacional administrativa que ocorram por meio do auxílio direto, podem acontecer duas situações: i) havendo órgão administrativo competente diverso da Autoridade Central para o atendimento do pedido de auxílio, o pedido é enviado a este para cumprimento; ii) não havendo um órgão

¹⁸⁸ POLIDO. Fabrício Betini Pasquot. *Op Cit.* 2018. p. 64

administrativo competente, será cumprido pela própria Autoridade Central (por exemplo, nos casos de informação sobre a localização de pessoas, fornecimento de cópias de atos administrativos públicos, entre outros).

3.5.3.2 Cartas Rogatórias

As cartas rogatórias, ao lado do auxílio direto, são um dos principais instrumentos da cooperação jurídica internacional. No CPC/2015, está disciplinada nos artigos 36, 237, inciso II, 260, 960 e 961 a 965. Estrutura-se, ainda, com o disposto em dispositivos verificados em tratados e convenções vigentes e de que o Brasil é signatário e, ainda, com os artigos 105, I, i, e 109, X, da Constituição Federal, artigo 12, parágrafo 2º, da LINDB, e artigos 216-O e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

O artigo 35 foi vetado pelo Presidente na promulgação do Código. Assim disciplinava: *“Dar-se-á por meio de carta rogatória o pedido de cooperação entre órgão jurisdicional brasileiro e órgão jurisdicional estrangeiro para prática de ato de citação, intimação, notificação judicial, colheita de provas, obtenção de informações e cumprimento de decisão interlocutória, sempre que o ato estrangeiro constituir decisão a ser executada no Brasil.”*

Nas razões do veto, explica-se que o dispositivo foi vetado, pois o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que dispensam a carta rogatória para os atos de cooperação direta entre os países (por exemplo, tratados que preveem o auxílio direto), e a burocracia criada pela carta rogatória não se justificaria, pois a celeridade e efetividade da cooperação jurídica internacional seriam afetadas.

Nos termos do disposto no artigo 36 do CPC/2015, em observância ao artigo 105, I, i, da Constituição, cabe ao Superior Tribunal de Justiça a competência, exclusiva, para julgar a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias e a homologação de sentenças estrangeiras.

Nádia de Araújo explica que por meio das cartas rogatórias passivas, *“se roga à autoridade estrangeira que promova o cumprimento, em sua jurisdição, de atos*

*processuais ordinatórios (citações, notificações, intimações) ou instrutórios (produção de prova por meio de oitiva de testemunhas, realização de perícia, requisição de documentos, entre outros) no interesse de outra jurisdição, perante a qual tramita o processo em cujo âmbito tais atos foram requeridos.”*¹⁸⁹

Assim com o auxílio direto, as cartas rogatórias podem ser ativas ou passivas, a depender se expedida pela autoridade brasileira para a prática de ato no exterior ou pela autoridade jurisdicional estrangeira para a prática de ato no Brasil.

Isso é mais uma tendência do direito processual internacional. As cartas rogatórias compreendem pedidos de autoridades judiciais para cumprimento de atos e diligências em outras jurisdições. Para Fabrício Polido, “*objetivam facilitar o adequado desenvolvimento do processo com conexão internacional, no qual se encontram partes litigantes sediadas no estrangeiro e tribunais que exercem poder jurisdicional em diferentes Estados*”¹⁹⁰.

O papel dos Tribunais nacionais para a efetividade dos atos processuais transnacionais fica evidente neste caso de cooperação. Não se trata apenas do caráter comunicacional entre os órgãos jurisdicionais e sim uma responsabilidade compartilhada das estruturas de acesso à justiça e garantia dos direitos fundamentais.

O Superior Tribunal de Justiça tem reafirmado a função instrumental das cartas rogatórias no contexto da cooperação jurídica internacional, justificando-a como princípio da cortesia internacional¹⁹¹. Porém, essa não é a justificativa adequada para o atendimento dos pedidos de cooperação internacional. Para Fabrício Polido, tal justificativa não prospera, pois os pedidos envolvem igualmente assistência jurídica em diversas matérias, servindo como mecanismo muito mais técnico e complexo a serviço do funcionamento da solução de litígios a nível global¹⁹².

¹⁸⁹ ARAUJO, Nadia de. *Op. Cit.* 2014, p. 50.

¹⁹⁰ POLIDO. Fabrício Betini Pasquot. *Op Cit.* 2018. p. 65

¹⁹¹ Carta Rogatória nº 438, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 10.6.2010

¹⁹² POLIDO. Fabrício Betini Pasquot. *Op Cit.* 2018. p. 68

As cartas rogatórias são o único mecanismo de cooperação jurídica internacional quando o pleito cooperacional decorrer diretamente de decisão que prescindida de juízo de delibação no Brasil¹⁹³.

Nesse sentido, difere do auxílio direto, porque enseja juízo de delibação. Quando o Poder Judiciário brasileiro analisa o pedido cooperacional via carta rogatória, realiza cognição superficial que impede a verificação do mérito do pedido, impedindo a análise de mérito das decisões estrangeiras, devendo se limitar a analisar os requisitos formais – exceto quando o exame de mérito for necessário para verificar eventual ofensa à ordem pública, aos bons costumes e à soberania nacional.

Por essa razão, no procedimento das cartas rogatórias, o artigo 36, parágrafo 1º, estabelece que a *“defesa restringir-se-á à discussão quanto ao atendimento dos requisitos para que o pronunciamento judicial estrangeiro produza efeitos no Brasil”*, referindo-se aos requisitos que devem estar presentes para que a decisão estrangeira tenha eficácia no Brasil. Assim, nos termos do parágrafo 2º do citado dispositivo, *“é vedada a discussão do mérito do pronunciamento judicial estrangeiro pelas partes ou a sua revisão pelo órgão jurisdicional brasileiro”*.

Já o *caput* do artigo 36 do CPC/2015 estabelece que *“o procedimento da carta rogatória perante o Superior Tribunal de Justiça é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal”*, devendo ser observado o contraditório e a ampla defesa, nos termos do artigo 5º, LV, da Constituição.

Com relação as ordens de execução das cartas rogatórias, o parágrafo 2º do artigo 963 do CPC/2015 dispõe que, para a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias deverão ser observados os pressupostos previstos no *caput* do dispositivo, bem como no disposto no artigo 962, parágrafo 2º.

¹⁹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 184

Dessa forma, para que a carta rogatória tenha eficácia executiva no Brasil, ela deve atender aos requisitos previstos no artigo 963, quais sejam: a) ter sido proferida por autoridade competente no país requerente (inciso I); b) ser precedida de citação regular, ainda que verificada à revelia (inciso II); c) ser eficaz no país em que foi proferida (inciso III); d) não constituir ofensa à coisa julgada brasileira (inciso IV); e) estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado (inciso V); e f) não conter manifesta ofensa à ordem pública (inciso VI). As medidas de urgência, porém, poderão ser executadas sem audiência do réu, desde que garantido o contraditório em momento posterior, a teor do disposto no artigo 962, § 2º do Código.

Importante ressaltar que, nos termos do artigo 964, parágrafo único, não haverá a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias quando se tratar de processos de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira. Nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, e do artigo 216-P do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, também “*não será concedido exequatur à carta rogatória que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública brasileira*”.

O artigo 960 reconhece que a homologação pela autoridade judicial brasileira é requisito indispensável para que possam as decisões estrangeiras, interlocutórias, sentenças parciais ou definitivas, ter eficácia e serem executadas em território nacional, devendo o pedido ser realizado por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo quando há disposição em sentido contrário prevista em tratados. Merece destaque, também, a possibilidade de homologação parcial de decisões estrangeiras, conforme artigo 961, parágrafo 2º.

Nesse sentido, o artigo 961, *caput*, ratificando regra prevista no artigo 216-B do Regimento Interno do STJ, reconhece que “*decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado*”.

Por outro lado, o artigo 964, *caput*, indica que “*não será homologada a decisão estrangeira na hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira*”. Exclui, assim, a homologação de decisão estrangeira que tenha usurpado a competência exclusiva do Poder Judiciário brasileiro.

Além das decisões judiciais, o artigo 961, parágrafo 1º, dispõe que mesmo as decisões não judiciais, mas que teriam essa natureza pela lei brasileira, nos termos do artigo 216-A, §1º, do RI do STJ “*serão homologados os provimentos não judiciais que, pela lei brasileira tiverem natureza de sentença*”.

O artigo 961, parágrafo 5º, traz uma exceção a essa exigência, uma vez que admite que as sentenças estrangeiras de divórcio consensual produzirão efeitos no Brasil independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Conforme o parágrafo sexto seguinte, competirá a qualquer juiz examinar a validade da decisão, em caráter principal ou incidental, quando essa questão for suscitada em processo de sua competência.

A homologação das sentenças arbitrais estrangeiras está prevista no artigo no artigo 960, parágrafo 3º, que prevê a obediência aos tratados internacionais sobre a matéria, bem como a teor da Lei 9.307 de 1996, a Lei de Arbitragem.

Já com relação as decisões estrangeiras para fins de execução fiscal, o artigo 961, parágrafo 4º, determina a exigência de previsão em tratado internacional ou em promessa de reciprocidade à autoridade brasileira.

Importante observar que o artigo 960, parágrafo 2º, dispõe que a homologação obedecerá ao que dispuserem os tratados em vigor no Brasil e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o que demonstra o compromisso do Brasil aos tratados internacionais firmados.

Dessa forma, em quase todos os casos citados, havendo tratado internacional dispondo sobre carta rogatória, auxílio direto, homologação se sentença estrangeira ou outro pedido de cooperação jurídica internacional deverão ser observadas suas

disposições. O Código, portanto, prestigia a primazia dos tratados e convenções em matéria processual¹⁹⁴.

O CPC/2015 é inegavelmente um avanço na matéria da Cooperação Jurídica Internacional. O Código resolve expressamente diversas questões e lacunas do CPC de 1973 e incorporou a prática e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vários aspectos sobre a matéria¹⁹⁵.

Apesar de conter falhas, o Código busca normatizar a matéria com base em princípios e dando prevalência aos tratados e convenções. Também é necessário reconhecer o mérito da legislação, ao prever a espontaneidade de determinados atos de cooperação jurídica, dar maior atuação à autoridade nacional, regulamentar o auxílio direito como mecanismo preferencial - aproximando a jurisdição brasileira da justiça transnacional¹⁹⁶.

¹⁹⁴ POLIDO, Fabrício Betini Pasquot. *Op Cit.* 2018. p. 76

¹⁹⁵ BUENO, Cássio Scarpinela. *Novo Código de Processo Civil Anotado. 3ª Edição.* Editora Saraiva, , São Paulo, 2017. p. 860

¹⁹⁶ POLIDO, Fabrício Betini Pasquot. *Op Cit.* 2018. p. 80

4. O PAPEL DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS (*LAW ENFORCEMENT*) ENVOLVENDO A TRANSMISSÃO EXTRATERRITORIAL DE DADOS ELETRÔNICOS

A arquitetura da Internet, desde o início, foi concebida como transfronteiriça e não territorial, dado que permite tecnicamente o acesso a qualquer conteúdo, independentemente da localização física. É incontestável que essa natureza transnacional da Internet gerou benefícios sem precedentes para a humanidade, sejam eles políticos, econômicos ou sociais. Nesse particular, a Internet cumpre os ditames do Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos relativa ao acesso à informação “*independentemente das fronteiras*”¹⁹⁷.

No entanto, assim como um determinado conteúdo acessível globalmente é legal em um determinado Estado, pode ser considerado ilegal em outro. A Internet é suscetível a uso indevido e, portanto, ao cometimento de *cybercrimes* transfronteiriços. Além disso, as ferramentas de comunicação *online* são cada vez mais usadas por criminosos no cometimento de crimes no mundo físico, por exemplo. Assim, o acesso às informações armazenadas pelos operadores da Internet em outros Estados torna-se essencial nas investigações criminais.

As últimas décadas presenciaram importantes transformações legislativas e jurisprudenciais na área da regulamentação da Internet, comércio eletrônico e propriedade intelectual. A intensificação das interações *online*, a partir das redes de relacionamento social, de plataformas de comércio eletrônico, de compartilhamento de arquivos e aplicativos de mensagens correspondeu, em larga medida, à elevação da litigiosidade nesses domínios, com repercussão sobre o poder decisório da jurisdição.

Com isso, o Direito Internacional Privado foi confrontado com a necessidade de revisão de suas premissas teóricas, a começar pela reconstrução dos métodos

¹⁹⁷ Artigo 19: Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras – Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm

de determinação de lei aplicável e jurisdição, via técnica da pluralidade de regras de conexões e adoção de novas bases jurisdicionais nos direitos domésticos, seja pela reforma das leis nacionais e normativas comunitárias, seja pela orientação dos tribunais.

Com efeito, questões envolvendo aspectos jurisdicionais relativos à resolução judicial de litígios transfronteiriços da Internet são identificadas em várias frentes: violação de privacidade e direitos da personalidade, contratos eletrônicos, propriedade intelectual, e os relativos à divulgação de conteúdo de mensagens, remoção de conteúdo em postagens feitas em redes sociais e validade de termos de uso e de licenças, adotados por empresas provedoras de serviços na Internet.

Especificamente em relação ao processo, a territorialidade envolve o reconhecimento de que o Estado deve exercer sua jurisdição sobre todos aqueles que se encontram em seu território, na medida da sua soberania e aplicação das normas internas de processo. Em sua generalidade, as normas processuais de um determinado sistema jurídico doméstico indicam a disciplina da atuação do juiz e das partes, a organização do Judiciário, o processo e procedimento envolvidos.

Nesse sentido, como visto, a doutrina sobre jurisdição é fortemente inspirada nos princípios da soberania e territorialidade. A jurisdição é intrínseca à soberania do Estado, convertida em manifestação de poder para elaborar leis, decidir litígios e especificar atuação dos órgãos internos quanto à adjudicação e aplicação das normas do direito vigente em dado território. A competência dos tribunais estatais, por exemplo, para resolver disputas ou litígios privados com conexão internacional, seria definida como parcela ou fragmento desse poder soberano¹⁹⁸.

Em razão disso, é possível verificar um aumento na adoção de leis internas e tratados contendo soluções centradas na delimitação de zonas de poder discricionário do Estado dentro de técnicas guiadas pelo bilateralismo,

¹⁹⁸Polido. Fabrício Betini Pasquot. *Direito Internacional privado nas fronteiras do trabalho e tecnologias*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2018, p. 80

multilateralismo, integração regional e intracomunitária, como, por exemplo, o caso da União Europeia¹⁹⁹.

Ainda conforme Fabrício Polido, *“leis, tratados e regulamentos comunitários em matéria processual internacional são elaborados a partir da ideia de coexistência dos espaços soberanos, territorialmente delimitados, alocação de regras jurisdicionais definidas pela generalidade ou exclusividade e pela opção de modelos normativos (“design da lei”) que recorram tanto à aplicação extraterritorial da lei nacional como ao exercício de jurisdição relativamente a fatos e atos ocorridos no estrangeiro”*²⁰⁰.

No entanto, é possível observar uma mudança de percepção nas últimas décadas. Em razão da transformação da sociedade informacional, ou *dataísta*, há também uma transformação da concepção de jurisdição, em distintas perspectivas: política, econômica, jurídico-substantiva e outra operativa²⁰¹ (chamada de *‘enforcement’*²⁰²).

A existência e a abrangência da rede mundial de computadores e múltiplas formas de acesso e interação entre usuários, sediados ou domiciliados em distintos países, associada à velocidade do fluxo de informações em mobilidade no tempo e espaço, permitem a redefinição das noções de território e soberania²⁰³. A partir delas, jurisdições não são vistas em conflito, mas em compartilhamento e em cooperatividade.

Nos últimos anos, tem sido constatada a intensa e veloz mobilidade de dados eletrônicos coletados localmente, transferidos em escala global e armazenados remotamente em países que oferecem atrativos fiscais, sociais e trabalhistas (como exemplo, Estado da Califórnia/EUA e Irlanda para corporações da Internet). Mesmo a elevação de litígios comerciais envolvendo empresas operantes de bases de

¹⁹⁹ POLIDO. Fabrício Betini Pasquot. *Op Cit.* p. 81

²⁰⁰ POLIDO. Fabrício Betini Pasquot. *Op Cit.* p. 82

²⁰¹ WAI, Robert *Transnational Liffoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization*. In: Harvard International Law Journal Vol 46, 2005, p. 471-896

²⁰² A execução ou cumprimento das decisões judiciais.

²⁰³ POLIDO. Fabrício Betini Pasquot. *Op. Cit.*, p. 82

dados, titulares de direitos de propriedade intelectual (marcas, desenhos, patentes, nomes de domínio, programas de computadores e direitos de autor) e litígios mistos envolvendo governos e particulares, em que interesses públicos são confrontados com interesses corporativos e liberdades e garantias civis. Exemplo disso: poderes de polícia, fiscalização, direitos da personalidade, privacidade, liberdade de expressão.

Estamos, portanto, diante de dois grandes desafios: como podemos preservar a natureza global do ciberespaço sem desrespeitar as leis de cada nação, e como devemos combater os desvios e abusos da Internet sem enfraquecer a proteção para os direitos humanos. Ambos os desafios exigem cooperação internacional baseada em procedimentos claros, os quais garantem eficiência e o devido processo legal.

Como responder, então, nesse contexto, diversificado ou plural, quanto a estabelecer alternativas para solução de litígios envolvendo usuários sediados em distintos países, servidores, plataformas ou base de dados localizados no estrangeiro? Quais medidas, tipicamente estatais, como as baseadas no processo civil, criminal, administrativo, podem ser adotadas dentro de um ambiente de cooperação jurisdicional compartilhada e reconfiguradas pelas novas tecnologias? Como preservar a natureza global da internet enquanto se respeitam os sistemas jurídicos nacionais?

As respostas não são fáceis. No entanto, parecem poder ser encontradas em uma (re)leitura da própria definição conceitos e consensos jurídicos entre os vários atores do direito internacional público e privado (governos, empresas, indivíduos, organizações), e o direito internacional²⁰⁴.

Como adiantado, o pressuposto é o da constatação de que a rede mundial - informática e comunicacional – a Internet - não pode ser elemento adicional ao debate sobre jurisdição, visto que representa inegavelmente, verdadeiro componente de fragmentação da soberania e dos pilares estadocêntricos das

²⁰⁴ SCHULTZ, Thomas. *Carving up the Internet: jurisdiction, legal orders and the private/public international law interface*. In. *European Journal of International Law*. Vol. 19, nº 4, 2008, p. 799-839

relações internacionais, a desafiar o clássico modelo *westfaliano*²⁰⁵ e os modelos tradicionais de cooperação internacional.

Parte da doutrina sustenta que a superposição de critérios territoriais na formulação normativa não leva em conta os casos difíceis (*hard cases*) para o direito internacional privado em interface com as redes digitais²⁰⁶. Isso porque, muitas vezes, há imprecisão quanto ao direito tido como aplicável ou ausência de ordenamento objetivo para o conflito. Em razão dessa imprecisão, os mecanismos de resolução de disputas são afetados, resultando em decisões judiciais e administrativas destituídas de efetividade, com a adoção de soluções nacionalistas, diante de jurisdição exorbitante, aplicando-se o princípio da ordem pública, sem a devida análise minuciosa dos casos por parte dos tribunais nacionais²⁰⁷.

É nesse contexto que alguns pesquisadores entendem que se está diante de uma verdadeira revolução no que diz respeito ao acesso das autoridades judiciais aos dados eletrônicos através das fronteiras dos Estados-nação²⁰⁸.

Vários Estados estão considerando (ou já determinaram) o requerimento de dados localizados fora de sua jurisdição, persuadindo empresas a cumprirem ordens de entrega de dados localizados fora de sua soberania, sem a utilização dos competentes mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional. Sob a principal justificativa do tempo para obtenção e acesso aos dados localizados fora da jurisdição, vários Estados, inclusive o Brasil, agem, muitas vezes, de forma unilateral, obrigando a entrega de dados sem o devido processo legal²⁰⁹. A preocupação com essa conduta vem ganhando corpo, diante do aumento do número dessas situações²¹⁰.

²⁰⁵ GIANNATTASIO, Arthur. Roberto Capella. *O Direito Internacional entre Dois Pós-Modernismos: A Ressignificação das Relações entre Direito Internacional e Direito Interno*. In: Revista Eletrônica do CEDIN, v. 6, 2010, p. 58

²⁰⁶ HEIN, Jan Von. *Conflict Of Laws In A Globalized World*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 153

²⁰⁷ SVANTESSON, Dan Jerker B. *Private international law and the internet*. Alphen: Kluwer Law International, 2016, 3.ed. p.257

²⁰⁸ DASKAL, Jennifer. Law Enforcement Access to Data Across Borders: The Evolving Security and Rights Issues. *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 8, 2016, p. 473

²⁰⁹ No Brasil, o assunto será julgado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 51, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

²¹⁰ DASKAL, Jennifer. Op Cit., p. 473

Tais medidas facilitam a vigilância doméstica, aumentam os custos dos negócios e reduzem o potencial de crescimento da Internet, restringindo e impossibilitando o fluxo de dados de forma livre e eficiente.

Além disso, diversos Estados - incluindo o Brasil, o Reino Unido, entre outros, obrigam as empresas que atuam no setor da tecnologia da informação - Provedoras de Serviços de Internet (*'ISPs'*), que operam fora de sua jurisdição, a fornecerem dados armazenados nas jurisdições de outras nações, independentemente da localização ou nacionalidade do alvo. As empresas provedoras de serviços na Internet estão cada vez mais 'presas' no meio da seguinte situação: são forçadas a escolher, de um lado, entre as leis de um Estado que busca a entrega de dados e, de outro, das leis de outro Estado que proíbe tal produção.

Em 2015, por exemplo, autoridades brasileiras detiveram funcionário da Microsoft por não entregar dados requisitados pelo Poder Judiciário brasileiro. No entanto, a lei dos EUA, o *Stored Communications Act*, proibia a Microsoft de cumprir a ordem para transferência e entrega de dados.

Os governos também estão, cada vez mais, incentivados a buscarem outros meios de acesso a dados inacessíveis, através de, por exemplo, uso de *malware* ou outras formas de vigilância.

Contudo, para que essa premissa seja avaliada adequadamente, faz-se necessário entender como a Internet tem afetado a forma com que os Estados exercem suas jurisdições na sociedade contemporânea, admitidas no presente trabalho como os poderes para decidir e executar as decisões (poder de julgar e fazer valer/aplicar o Direito *'nos limites de seus territórios'*).

Portanto, a principal indagação que surge diante desse cenário é: como preservar a natureza global da internet enquanto se respeitam os sistemas jurídicos nacionais?

Sobre o tema, a rede internacional *Internet & Jurisdiction*²¹¹ tem buscado promover o debate com governos, organizações intergovernamentais, sociedade civil, indústria e academia ao redor do mundo. Tal rede procura auxiliar um processo de política global para permitir a cooperação transnacional e preservar o caráter global da Internet, ao catalisar o desenvolvimento de quadros de cooperação e de normas políticas transnacionais, a fim de promover a interoperabilidade jurídica e estabelecer o devido processo através das fronteiras. Afirma que as tensões entre sistemas jurídicos nacionais, baseados no princípio da territorialidade, são um dos maiores desafios do Século XXI²¹².

Nesse ponto, cumpre destacar a lição de Alex Mills²¹³ que indica a existência de três tipos distintos de jurisdição: a) “*jurisdiction to prescribe or legislate*” (“jurisdição prescritiva”, em tradução livre), que diz respeito aos limites da autonomia de um Estado para legislar acerca de determinada matéria; b) “*jurisdiction to adjudicate*” (“jurisdição decisória”, em tradução livre), que se refere aos limites do poder judiciário de um Estado, ou seja, os limites de sua competência para julgar casos relativos a sujeitos de direito localizados no exterior; e c) “*jurisdiction to enforce*” (“jurisdição executiva”, em tradução livre), que se relaciona aos limites do poder executivo do Estado, responsável pela aplicação da Lei.

A fim de deixar o presente trabalho mais técnico, faz-se necessário esclarecer que o estudo parte da análise do terceiro tipo de jurisdição indicado por Mills, a “*jurisdiction to enforce*”²¹⁴ (“jurisdição executiva”, em tradução livre), que se refere aos limites do poder executivo do Estado, responsável pela aplicação da Lei. Ou seja, pretende-se examinar os limites que existem para que o Brasil faça valer a legislação interna no território estrangeiro onde for sediada determinada empresa envolvida em um processo, cujo objeto é a obtenção de dados eletrônicos referentes a conteúdo de comunicações privadas armazenados e/ou controlados fora do território brasileiro.

²¹¹ Disponível em: <https://www.internetjurisdiction.net>

²¹² LA CHAPELLE, Bertrand de; FEHLINGER, Paul. *Jurisdiction on the Internet: From Legal Arms Race to Transnational Cooperation*. 2016 Acessado em: 14.7.2018. p. 4. Disponível em: <<https://goo.gl/uy7Fpe>>.

²¹³ MILLS, Alex. *Rethinking Jurisdiction in International Law*. In: *The British Yearbook of International Law*, Vol. 84, n.1, 2014. p. 194-195.

²¹⁴ MILLS, Alex. *Op Cit.* p. 194-195.

4.1 A discussão no panorama internacional

4.1.1. Critérios para a determinação da jurisdição: panorama internacional

Segundo afirmam Chapelle e Fehlinger²¹⁵, há pelo menos quatro fatores territoriais para a determinação de qual a jurisdição entre Estados para que os Tribunais possam resolver disputas envolvendo a internet: a) a localização do usuário; b) a localização dos servidores que armazenam os dados; c) o local onde a empresa que fornece os serviços for constituída (sede); e d) a localização dos atores que realizam os registros de nomes de domínio (por exemplo: .com; .org; net, entre outros).

Assim, as dificuldades na escolha sobre qual deve ser o critério determinante da jurisdição, - além de questões de lei aplicável - para litígios transnacionais envolvendo empresas de tecnologia da informação, tem ocorrido em todo o globo:

Com relação ao alcance da aplicação da lei, uma ação judicial em andamento determinará se as autoridades dos EUA têm o direito de acessar e-mails armazenados pela Microsoft, uma empresa dos EUA em seus centros de dados na jurisdição irlandesa. Casos anteriores envolvendo o Departamento de Segurança Interna dos EUA agência que examina nomes de domínio pertencentes a estrangeiros somente com uma única base através de um registrador baseado nos EUA (*caso da RojaDirecta*) ou apenas o próprio registro (*o caso da Bodog*). Além disso, as legislações incluem, cada vez mais, cláusulas que estabelecem alcance extraterritorial, como o Projeto de Potência Investigativa do Reino Unido ou o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia.

Os Tribunais afirmam cada vez mais a competência em relação aos serviços incorporados em outros países simplesmente porque são acessíveis em seu território, como ilustrado pelo recente caso do Yahoo na Bélgica. Algumas dificuldades existem naturalmente na aplicação dos julgamentos resultantes, como o bloqueio nacional do WhatsApp no Brasil (Tradução livre)²¹⁶

²¹⁵ LA CHAPELLE, Bertrand de; FEHLINGER, Paul. *Op Cit.* p. 10.

²¹⁶ Regarding the reach of law enforcement, an ongoing landmark lawsuit will determine whether US authorities have a right to access emails stored by Microsoft, a US company, in its data centers in the

A partir desses critérios, decisões judiciais diferentes têm sido proferidas pelos Tribunais ao redor do mundo. Conforme será adiante abordado, os Tribunais têm adotado mais corriqueiramente os critérios de 1 a 3 para determinar a jurisdição aplicável em casos concretos. No entanto, a ênfase em um dos critérios pode levar a resultados diversos e irreconciliáveis.

Casos locais podem ter impactos globais. Por exemplo, após a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o direito a ser desindexado, a autoridade francesa de proteção de dados exigiu que o Google estendesse sua desindexação para todas as versões de seu mecanismo de busca, argumentando que o serviço é com base em um único processamento de dados em todo o mundo. (Tradução livre)²¹⁷

Ademais, decisões judiciais locais também podem desencadear novas normas internacionais para a interação entre estados e empresas de Internet. Por exemplo, o direito de ser desindexado, inicialmente estabelecido pela Europa para Google, agora é implementado por outros motores de busca como Microsoft Bing ou *Yahoo Search* e produziu efeitos de ondulação na Ásia e na América Latina, inclusive no Brasil.

Irish jurisdiction. Previous cases involved a Department of US Homeland Security agency seizing domain names belonging to foreign registrants on the sole basis of their registration through a US-based registrar (the *RojaDirecta* case) or registry (the *Bodog* case). Furthermore, draft legislations increasingly include clauses establishing extraterritorial reach, such as the UK Investigatory Powers Bill or the General Data Protection Regulation in the European Union.

Courts increasingly affirm competence regarding services incorporated in other countries merely because they are accessible in their territory, as illustrated by the recent *Yahoo* case in Belgium. Some difficulties naturally exist in enforcing the resulting judgments, as the national blockade of WhatsApp in Brazil showed. (LA CHAPELLE, Bertrand de; FEHLINGER, Paul. *Op Cit.* p. 10)

²¹⁷ “Yet local cases can have global impacts. For instance, after the Court of Justice of the European Union *Costeja* decision (the right to be de-indexed), the French data protection authority demanded that Google extend its de-indexing to all versions of its search engine, arguing that the service is based on a single processing of data worldwide” (LA CHAPELLE, Bertrand de; FEHLINGER, Paul. *Op Cit.* p. 10).

4.1.1.1. A localização do usuário: o caso Zippo

Entre os casos mais célebres no debate sobre o estabelecimento de jurisdição em relações a litígio envolvendo a Internet é o processo entre a *Zippo Manufacturing Company* e a *Zippo Dot Com*²¹⁸, ocorrido em 1990.

Ainda no final dos anos 1990, esse processo ofereceu alguns caminhos para problemas até então raros, tais como a determinação da jurisdição para uma disputa na Internet.

A *Zippo Manufacturing* era uma empresa sediada na Pensilvânia, com seu principal local de negócios no município de Bradford, onde fabricava isqueiros de cigarro “Zippo”. Já a empresa *Zippo Dot Com*, tinha sede em Sunnyvale, Califórnia e operava um site na Internet e um serviço de notícias, para os quais obteve o direito exclusivo de usar os nomes de domínio “zippo.com”, “zippo.net” e “zipponews.com”.

O site da *Zippo Dot Com* continha informações sobre a empresa, anúncios e um aplicativo para seu serviço de notícias, que oferecia acesso diferentes grupos de notícias *online*. O site atribuía ao assinante uma senha que o permitia visualizar e/ou baixar as mensagens armazenadas em seu servidor na Califórnia, do grupo de notícias correspondente a sua assinatura.

Todos os escritórios, funcionários e servidores da *Zippo Dot Com*, estavam localizados na Califórnia, sem qualquer atividade na Pensilvânia, exceto o contato com eventuais clientes residentes naquele estado. A base das alegações de marca registrada seria o uso da palavra “Zippo” pela *Zippo Dot Com* nos nomes de domínio que detinha, em vários locais em seu site e no título de mensagens de grupos de notícias da Internet postados por assinantes da *Zippo Dot Com*, o que poderia causar confusão em seus consumidores.

²¹⁸ ZIPPO MANUFACTURING COMPANY, Plaintiff, vs. ZIPPO DOT COM, INC., Defendant. Nº. 96-397. Memorandum Opinion. 16/01/1997. Acessado em: 14.7.2018. Disponível em: <<https://goo.gl/DUXEbG>> .

À época, o Tribunal distrital da Pensilvânia propôs um teste de três passos para determinar o exercício da jurisdição sobre o réu não localizado no Estado: o réu deveria ter “contatos mínimos” suficientes com o Estado do foro; a reivindicação feita contra o réu deve surgir desses contatos; e o exercício da jurisdição deve ser razoável, ou seja, saber se há contatos mínimos que o réu propositalmente estabeleceu com o estado do foro.

Da mesma forma, réus que se estendem além de um estado federado e criam relações e obrigações contínuas com os cidadãos residentes em outro estariam sujeitos à regulamentação e às sanções do outro estado por consequências de suas ações comerciais. A conclusão decorre do fato da quantidade de conexões do réu com o estado do foro, razão pela qual deveria razoavelmente esperar ser acionado perante os tribunais daquele estado. Isso protegeria os réus de serem forçados a contestar ações em uma jurisdição estrangeira baseada em contatos aleatórios, fortuitos ou praticamente inexistentes.

Assim, para julgar a demanda, o Tribunal distrital da Pensilvânia dividiu as atividades da Internet em três tipos: ativa, passiva e interativa.

Segundo esse precedente, um réu *ativo* seria aquele que deliberadamente faz uso extensivo da Internet, por exemplo, por meio da celebração de contratos com residentes de outra jurisdição. Tais contratos exigem a transmissão repetida de arquivos de computador pela internet. Nesses casos, o réu era suscetível à jurisdição dos lugares que afetou deliberadamente. Um site *passivo*, por sua vez, seria meramente informativo e não solicitava nem esperava atividades dos locais que atingia, portanto, seus operadores não poderiam ser levados a juízo nesses locais.

O meio termo seria o site *interativo*. Nesses casos, o precedente firmado visava a examinar o nível de interatividade e natureza comercial da troca de informações que ocorriam no site, de forma a determinar se seria razoável processar os criadores do site naquele local.

No entanto, o teste assentado pelo Tribunal estadunidense no caso Zippo (e que ficou conhecido como “teste Zippo”), apesar de claro e simples, dividindo os sites da Internet em três categorias e permitindo que a questão jurisdicional fosse decidida com base nesses locais, é hoje considerado um método ultrapassado.

Em razão da complexidade das relações travadas na Internet, bem como o crescimento das interações entre provedores, usuários e tribunais de diferentes jurisdições, esse teste tem sido insuficiente para as questões transnacionais envolvendo a Internet atualmente.

O teste Zippo e a doutrina da interatividade pareceram funcionar bem inicialmente, em especial nos primórdios de expansão da Internet, com sites que eram claramente ativos dentro de um estado, sob sua jurisdição, ou totalmente passivos e informativos em outra, sem nenhum elemento de interatividade.

No entanto, para demandas que tinham que lidar com a crescente interatividade das redes, os tribunais encontravam poucos parâmetros para embasamento objetivo das decisões judiciais, em linha com os três passos formulados no teste Zippo.

O teste Zippo ainda adotou abordagem de tamanho único para todas as disputas *online*, sendo que essas cresceram em quantidade, natureza e complexidade: as violações de cláusulas contratuais, privacidade, publicidade, *hackeamento*, apropriação injustificada de dados, violação de direitos de autor sobre conteúdo protegido, cobrança de dívidas, ilícitos praticados em relação à tecnologias computacionais em nuvem, entre várias outras especificidades que deveriam ser consideradas para além dos níveis de interação entre provedor e usuário.

Outro problema com a escala de interatividade admitida no caso Zippo, do ativo ao passivo, é que pode descrever falsamente a natureza da Internet e das tecnologias de informação e comunicação que são bastante distintas entre si. Cada uma dessas tecnologias é empregada de forma diferente e requer a análise judicial própria, em razão das especificidades técnicas e operacionais.

Além disso, muitas das disputas envolvendo a internet vão além da classificação clássica e tripartite do caso Zippo. Casos envolvendo invasões/ataques cibernéticos, difamação e violação de privacidade, por exemplo, podem surgir sem o envolvimento de um site. Essas questões evidenciam a obsolescência do caso Zippo para estabelecimento de critérios para determinação ou bases de jurisdição.

4.1.1.2 A localização do usuário: outros critérios para jurisdição

Atualmente, quando os tribunais se deparam com litígios excepcionais, faz mais sentido analisar se um provedor segmentou especificamente determinado usuário (quanto ao perfil do cliente ou consumidor) ou jurisdição em sua atuação.

Particularmente em casos de difamação, por exemplo, o teste por meio desse direcionamento se enquadra adequadamente à solução do feito. Esse aspecto pode ser observado no processo *Calder vs. Jones*²¹⁹, ou o “*Caso Calder*”, no qual ficou conhecida a “doutrina dos efeitos”.

Para a doutrina dos efeitos, o aspecto mais importante para decidir quanto à jurisdição são os efeitos intencionalmente provocados pelo réu, e não o nível de interatividade, como definido no caso Zippo. O caso *Calder* se refere a uma ação iniciada pela atriz Shirley Jones contra a revista *National Enquirer*, devido a um artigo publicado em 1979, no qual se afirmou que Jones era alcoólatra. Apesar da revista ter sido editada na Flórida, a ação foi iniciada em uma corte estadual da Califórnia, sendo que o fundamento para a competência foi a grande circulação da *National Enquirer* entre a população californiana.

A Suprema Corte Norte-Americana, ao analisar a competência, decidiu que as cortes da Califórnia possuíam jurisdição para conhecer da causa, pois os efeitos danosos da publicação, em grande medida, lá repercutiram. A decisão observou que os réus deliberadamente focaram no público californiano, pois o jornal havia visitado ativamente aquele Estado, conduzido pesquisas e publicado um relatório sabendo que os efeitos seriam maiores naquele local.

²¹⁹ CALDER, Petitioner, v. JONES, Respondent. Nº. 82-1401. Appeal from the Court of Appeal of California. 20/03/1984. Acessado em: 14.7.2018. Disponível em: <<https://goo.gl/wff9c2>>

Apesar do caso *Calder* se referir a uma publicação impressa, ele possui relevantes implicações para a jurisdição dos conflitos de Internet. Por exemplo, uma Corte pode determinar a competência sob o fundamento de que certo conteúdo digital, independentemente do local onde foi inserido na Internet, produziu danos a um indivíduo que se encontra sujeito à determinada jurisdição.

Também é possível alegar que certo *site* com conteúdo ilegal teve como alvo ou foco certo grupo de pessoas que se encontram sob a jurisdição do foro em questão. Em outras palavras, se o *site* foi intencionalmente projetado para atingir determinado grupo, garantindo competência aquela jurisdição.

Outro processo importante de se examinar é o caso *Sioux Transportation vs. XPO Logistics*²²⁰ envolveu atos alegadamente difamatórios em duas postagens *online* após litígio comercial entre as duas empresas. Discutiu-se que a Sioux teria poucas atividades em Arkansas, o estado da XPO, o que inviabilizaria a jurisdição de seus tribunais. A XPO argumentou que as postagens da Sioux, respondendo às postagens da XPO, contavam como contatos deliberados com o Arkansas, o que apoiaria o exercício da jurisdição pelos tribunais desse estado. Em vez de recorrer ao teste Zippo, o tribunal de Arkansas examinou criticamente o precedente e o superando, considerou inadequado para a Internet em seu funcionamento atual.

*"In the instant case, the Court had the difficulty in considering the Zippo test in the context of the modern internet. The internet has undergone tremendous change since Zippo was decided in 1997, and even since Johnson in 2010. Cloud computing has eliminated the need for downloading files in many situations, location-based technology has made online interactions that formerly existed only in cyberspace more closely tied to specific geographic locations, and the level of user interaction with websites has exploded with social media. All of this calls into question the modern usefulness of the Zippo test's simplistic tripartite framework: The transmission of computer files over the internet is perhaps no longer an accurate measurement of a website's contact to a forum state."*²²¹

²²⁰ SIOUX TRANSPORTATION, INC, Plaintiff, v. XPO LOGISTICS, INC. ET AL, Defendants. Nº. 5:2015cv05265. Memorandum Opinion and Order granting Motion to Dismiss Case Without Prejudice. 22/12/2015. Acessado em: 14.6.2018. Disponível em: <<https://goo.gl/sLEYdz>>.

²²¹ SIOUX TRANSPORTATION, INC, Plaintiff, v. XPO LOGISTICS, INC. ET AL, Defendants. Nº. 5:2015cv05265. Memorandum Opinion and Order granting Motion to Dismiss Case Without Prejudice. 22/12/2015. Acessado em: 14.6.2018. Disponível em: <<https://goo.gl/sLEYdz>> p. 13.

A internet passou por uma tremenda mudança desde que o caso Zippo foi decidido em 1997”, afirmou o tribunal. ‘A computação em nuvem eliminou a necessidade de baixar arquivos em muitas situações, tecnologias baseadas em geolocalização fizeram com que interações online anteriormente existentes apenas no ciberespaço se tornasse mais intimamente ligadas a localizações geográficas específicas, e o nível de interação do usuário com sites explodiu com as mídias social. Tudo isso põe em dúvida a utilidade moderna da estrutura simplista tripartite do teste Zippo: a transmissão de arquivos de computador pela internet talvez não seja mais uma medida precisa do contato de um site com um estado do foro. (tradução livre)

4.1.1.3 A localização dos servidores: o caso *United States vs. Microsoft Inc.*²²²

O caso Estados Unidos/Microsoft (também conhecido como “Microsoft Irlanda”) tramitou perante a Suprema Corte dos EUA, em 2017 e 2018²²³. Discutiu-se, em síntese, se o governo norte-americano poderia, mediante ordem emanada por juiz nos Estados Unidos, obter conteúdo de comunicações armazenadas em servidores localizados fora do país. *In casu*, a controvérsia está relacionada à quebra de sigilo de e-mails, objeto de investigação de tráfico de drogas, armazenados em servidores da Microsoft na Irlanda. A Microsoft pugnou perante as cortes americanas pela aplicação do MLAT.

A questão principal do caso pretendia responder se um mandado (*warrant*), emitido com base nas normas do *Stored Communication Act* (SCA)²²⁴ de 1986, obrigaria as empresas dos EUA a fornecerem informações sob seu controle, mas

²²²

Disponível

em:

<https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/17-2.html>

Acessado em: 14.7.2018.

²²³ Em março de 2018, em decorrência da aprovação do CLOUD Act pelos Estados Unidos, o Departamento de Justiça norte-americano requereu a Suprema Corte daquele país que cessasse a análise da controvérsia, sob o argumento de que foi superada pelo CLOUD Act. Em 17.4.2018, a Suprema Corte Americana determinou o arquivamento da ação. No entanto, a análise da controvérsia submetida permanece válida para o presente trabalho.

²²⁴ O *Stored Communication Act* é o Título II da Lei *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA) aprovada em 1986. A ECPA buscou atualizar as normas de proteção às comunicações privadas realizadas por meio de computadores e outros meios eletrônicos de comunicação. US DEPARTMENT OF JUSTICE. Justice Information Sharing - Electronic Communications Privacy Act of 1986 (ECPA). 30/07/2013. Acesso em: 14.7.2018. Disponível em: <https://goo.gl/hdv2on>.

que estão armazenadas fora do país, especificamente em unidades de guarda e processamento de dados (data centers), localizados na Irlanda.

A disputa teve início em 2013, quando um juiz federal (*Southern District of New York*) concedeu um mandado (*warrant*), com base no Parágrafo 2703²²⁵ do *Stored Communications Act* (SCA), seção que protege comunicações privadas armazenadas eletronicamente de serem acessadas indiscriminadamente por autoridades públicas, estabelecendo critérios como a exigência de mandado judicial (*warrant*).

As autoridades de investigação pretendiam obter o conteúdo de *e-mails* e dados eletrônicos de determinado usuário da Microsoft suspeito de tráfico de drogas. Após esta decisão, a empresa forneceu somente os metadados relativos à conta do usuário, pelo fato de eles estarem armazenados nos EUA. Contudo, a Microsoft alegou que não poderia fornecer o conteúdo dos *e-mails*, pois tais dados estavam em servidores localizadas na Irlanda, e que as normas da SCA não teriam aplicação extraterritorial.

A recusa da Microsoft de fornecer o conteúdo dos *e-mails* não foi aceita pelo tribunal em primeira instância, que condenou a empresa por desobediência à ordem judicial (*civil contempt*)²²⁶. A Microsoft, então, recorreu da decisão ao Tribunal de Apelações para o Segundo Circuito (*United States Court of Appeals for the Second Circuit*), o qual deu provimento ao recurso afirmando: (i) o SCA é silente quanto ao seu alcance extraterritorial, devendo, portanto, ser interpretada restritivamente, conforme já estabelecido na jurisprudência da Suprema Corte²²⁷; e que (ii) o elemento territorial relevante para se determinar o alcance do mandado seria verificar onde os dados requisitados estavam armazenados. Assim, um mandado

²²⁵ 18 U.S. Code § 2703 - Required disclosure of customer communications or records.

²²⁶ "Even when applied to information that is stored in servers abroad, an SCA Warrant does not violate the presumption against extraterritorial application of American law. Accordingly, Microsoft's motion to quash in part the warrant at issue is denied." UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. Juiz James C. Francis IV. p. 26. Disponível em: <https://goo.gl/7YrorZ> Acesso em: 14.7.2018.

²²⁷ United States Court of Appeals for The Second Circuit. Docket No. 14- 2985 - In the Matter of a Warrant to Search a Certain E-Mail Account Controlled and Maintained by Microsoft Corporation. 14 de Julho de 2016. Disponível em: <https://goo.gl/Kz7hWp>

emitido nos Estados Unidos da América que busca dados na Irlanda acaba por operar neste país e, portanto, uma indevida aplicação extraterritorial da lei.

Após o julgamento do tribunal de apelações, o *Department of Justice* (DoJ) questionou a interpretação dada ao *Stored Communications Act* mediante interposição de recurso de revisão à Suprema Corte (*judiciary review*), que aceitou julgar o processo em outubro de 2017.

Tendo em vista a relevância do caso para a compreensão das questões examinadas no presente estudo, passa-se a analisar algumas das argumentações relevantes relacionadas à determinação da jurisdição apresentadas naquela disputa.

O DoJ argumenta em sua manifestação (*merits brief*)²²⁸ que o parágrafo 2703 do SCA de 1986 regula a divulgação/quebra de sigilo da informação eletrônica (*disclosure*) e que este ato ocorre no território dos EUA e não na Irlanda. Assim, o acesso ao servidor localizado em outro país configuraria “mera conduta acessória”, que não seria o objeto principal de regulação da referida lei. Para embasar esse ponto, o DoJ menciona que o termo “*disclosure*” é usado frequentemente ao longo do texto normativo, e que a análise histórica do processo legislativo da SCA também se concentra no ato de exibição/divulgação, e não no ato de armazenamento.

Igualmente, o DoJ alega que a Microsoft poderia, inclusive, cumprir o mandado por meio ações que acontecem exclusivamente nos EUA, por intermédio de seus softwares de gerenciamento de dados. Ações que a Microsoft realizaria para acessar o servidor da empresa e transferir os dados requeridos às autoridades.

Contrariamente, o DoJ afirma que a Microsoft não age como agente governamental, porque ela somente teria acesso a uma informação armazenada em seus próprios arquivos. Ademais, acrescenta que, mesmo que se pudesse considerá-la como agente do governo, o ato de acessar o servidor localizado no estrangeiro não poderia ser considerado uma apreensão (*seizure*) extraterritorial, porque os dados já estão sobre a custódia e controle da empresa.

²²⁸ UNITED STATES OF AMERICA, Petitioner v. MICROSOFT CORPORATION, Respondent. Brief for the United States - Nº 17-2. Acesso em: 14.7.2018. Disponível em: <<https://goo.gl/X5kVUj>>

DoJ alega que nem mesmo se configuraria como uma busca extraterritorial (*search*), no sentido de uma violação de privacidade considerada razoável, porque não ocorre violação de privacidade em relação ao ato de transferência dos dados de seus servidores de um país a outro, pois a empresa já realiza tais atos rotineiramente para viabilizar seus serviços. Assim, mesmo que venha a ocorrer uma violação de privacidade, essa conduta seria realizada pela autoridade governamental no território dos EUA, no momento de exibição do conteúdo dos dados (*disclosure*).

O DoJ afirma que, caso prevalecesse a tese da localização dos dados como critério determinante de jurisdição, este entendimento seria prejudicial às capacidades de investigação e julgamento das autoridades dos EUA. Como a localização dos dados é decidida exclusivamente pela empresa por razões econômicas, poderia inutilizar o *Stored Communications Act*, mesmo que o fato investigado envolva uma comunicação entre dois cidadãos residentes nos Estados Unidos.

Além disso, o DoJ ressalta que outros modelos de negócio poderiam ser prejudicados se a teoria da localização do dado fosse adotada, como o caso da Google Inc., que pode armazenar os dados de um único usuário em diversos servidores espalhados pelo mundo, podendo, até mesmo, distribuir o armazenamento de um único *e-mail* em servidores diferentes.

Segundo o DoJ os mecanismos de cooperação jurídica internacional estabelecidos em acordos e tratados de assistência jurídica mútua (MLATs) não seriam uma alternativa efetiva. Primeiro, porque esses acordos não são universais, tendo os EUA assinado essa modalidade de instrumento internacional com menos da metade dos países do mundo. Segundo, porque o processo, na maioria dos casos, é: (i) lento, podendo levar meses ou anos; e (ii) incerto, já que o Estado receptor do pedido tem certa discricionariedade para recusá-lo; e (iii), porque um provedor de serviços *online* pode ter a prática de mudar constantemente a localização dos dados dos usuários, tornando difícil ou até impossível determinar a qual país deve ser encaminhado o pedido de cooperação em determinado momento.

O DoJ defende, ainda, que a aplicação do Parágrafo 2703 da SCA respeita os tratados internacionais dos quais os EUA são signatários. O artigo 18 da Convenção de Budapeste sobre Cibercrimes estabelece que os estados partes devem garantir que suas autoridades sejam competentes para que obriguem um fornecedor de serviços a entregar dados informáticos que estejam sobre sua posse ou controle.

Por fim, o DoJ alega que diversos países não restringem sua capacidade de demandar dados armazenados digitalmente em outra jurisdição, citando um estudo comparativo de Maxwell & Wolf, de 2012. Essa pesquisa afirma que, entre Estados Unidos, Austrália, Canadá, Japão e outros seis países europeus, somente dois deles estabelecem, em alguns casos, a localização física dos dados como critério limitador do acesso de autoridades às informações eletrônicas. Al[em disso, para os demais países do estudo, a exigência de quebra de sigilo dos dados localizados no estrangeiro é permitida desde que haja algum elemento que conecte o caso à jurisdição do país demandante, como a presença da empresa no seu território.

Em resposta as alegações do DoJ (*brief in opposition*)²²⁹, a Microsoft alega preliminarmente a ausência de fundamento para a Suprema Corte Americana admita o processo, em razão dos seguintes argumentos: (i) a competência para decidir sobre a necessidade de modernização do *Stored Communications Act* é do Congresso dos Estados Unidos -- processo legislativo este que já estava em curso²³⁰; (ii) o Tribunal de Apelação decidiu corretamente, seguindo entendimento da própria Suprema Corte em seus precedentes, sobre critérios definidores da aplicação extraterritorial de determinada lei, e (iii) ainda não existem julgados dos tribunais (*Courts of Appeals*) com interpretações divergentes quanto à aplicação extraterritorial da SCA, a fim de que se configure um dos requisitos utilizados pela Suprema Corte, antes de aceitar um caso, que é denominado de *circuit split*.

Ao examinar historicamente a elaboração legislativa do SCA, na década de 1980, a Microsoft afirma que o Congresso não teria como prever o crescimento exponencial que Internet sofreu nos últimos anos, bem como não se previu o

²²⁹ UNITED STATES OF AMERICA, Petitioner v. MICROSOFT CORPORATION, Respondent. Brief in Opposition. 2017. Acessado em: 15.7.2018. Disponível em: <<https://goo.gl/pnz1Wo>>

²³⁰ Que culminou a aprovação e sanção do *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* – Cloud Act - ou “Lei para Esclarecer o Uso Legal de Dados no Exterior”.

surgimento dos serviços de armazenamento em nuvem ou o estabelecimento de servidores em diversos países. Portanto, não seria possível conceber que o legislador tivesse a intenção de atribuir efeitos extraterritoriais às normas da SCA.

Segundo a Microsoft, ao se utilizar o teste do caso *Morisson v. National Australia Bank* – o qual estabelece que as leis federais estadunidenses devem ser interpretadas de forma restritiva, caso não seja explícita a sua aplicação extraterritorial-, verifica-se que o critério adotado pelo SCA é do local de armazenamento dos dados e de sua proteção, e não o local no qual ocorrerá o ato de ‘quebra de sigilo’ dos dados pelas autoridades. Essa interpretação foi adotada pelo Tribunal de Apelações para o Segundo Circuito (*Second Circuit Court of Appeals*).

Assim, se o escopo da lei alcançar comunicações privadas armazenadas eletronicamente, a conduta relevante é o ato de apreensão das comunicações, a qual ocorre justamente sob a jurisdição onde os servidores - portanto, os dados - estão localizados.

A Microsoft enfatiza estar correta a decisão da segunda instância que evitou posteriores tensões internacionais, as quais ocorreram quando proferida a sentença pelo juiz de primeira instância que se posicionou pela aplicação extraterritorial do SCA. À época, o Comissário Europeu de Justiça, o governo da Irlanda e alguns membros do Parlamento Europeu se pronunciaram publicamente, denunciando violações de soberania acarretadas pela decisão.

A Microsoft enfatiza que o processo não poderia ser julgado pela Suprema Corte, pois ainda não haveria nenhum outro julgado semelhante nos demais tribunais federais que representasse uma divergência jurisprudencial, um dos principais requisitos para que um caso seja admitido pela Suprema Corte. Seria necessário, portanto, aguardar novos casos envolvendo outras empresas de tecnologia, para que a Corte pudesse examinar a extraterritorialidade do *Stored Communications Act*.

Por fim, a Microsoft alega que o Congresso dos EUA estava debatendo projetos de lei que poderiam solucionar a questão. Desse modo, faria mais sentido que o Poder Legislativo tomasse a iniciativa de adotar soluções inovadoras, quando em comparação com os remédios jurisdicionais disponíveis. Isso é devido ao fato de o Poder Legislativo ter uma maior capacidade de estabelecer um equilíbrio entre as necessidades da segurança nacional estadunidenses em cooperação aos interesses de outros Estados.

Nesse sentido, visando simplificar e agilizar os procedimentos de cooperação internacional, os Estados Unidos da América inseriram em seu ordenamento jurídico o *Clarifying Overseas Use of Data Act - CLOUD Act*, em tradução livre “Lei para Esclarecer o Uso Legal de Dados no Exterior”, sancionado pelo Presidente Donald Trump em 23 de março de 2018.

Conforme será melhor examinado em tópico específico, o *CLOUD Act* é Lei Federal norte-americana que atualiza o *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA), isto é, uma série de normas que regulam como os agentes públicos podem acessar dados armazenados no exterior. A nova lei atualiza especificamente o Título II da Lei de Privacidade das Comunicações Eletrônicas de 1986 (ECPA), deixando claro que os provedores que se enquadram no escopo da legislação devem preservar e divulgar os registros de seus assinantes dentro da posse, custódia ou controle de tal provedor, independentemente de tal comunicação, registro ou outras informações estarem localizadas dentro ou fora dos Estados Unidos.

Diante disso, o DoJ requereu à Suprema Corte que cessasse a análise da controvérsia. Em 17.4.2018, a Suprema Corte Americana determinou o arquivamento do processo. O caso foi encerrado definitivamente em 29.8.2018.

4.1.1.4 O local onde a sede da empresa que fornece os serviços for constituída

Um dos critérios para a definição de jurisdição e de lei aplicável é o local da sede da empresa que fornece o serviço. Tal critério é baseado no princípio da

territorialidade que, segundo o entendimento de alguns autores, seria de difícil aplicação nos casos envolvendo a Internet, diante da dificuldade de localizar que um ato ocorreu em determinado Estado²³¹.

Diversos são os casos que discutiram a possibilidade de se definir a jurisdição e/ou a lei aplicável com base na localização da sede da empresa envolvida no litígio. Entretanto, em poucos casos paradigmáticos, uma Corte Judicial optou por afastar a jurisdição ou legislação nacional em favor de institutos estrangeiros.

A opção pelo local de sede da empresa geralmente ocorre por meio de cláusulas de eleição de foro incluídas nos contratos de adesão (*Terms of Service - ToS* ou Termos de Serviço), que são baseadas no modelo contratual anglo-saxão e que, dificilmente encontram respaldo nas jurisdições que possuem vertente de Direito protetivas aos direitos do consumidor, como o Brasil. As cláusulas de eleição de foro que chamam a jurisdição e a lei aplicável para o local de incorporação da empresa, quando invocadas pela empresa para argumentar a incompetência de um tribunal local, são consideradas nulas, em grande parte das jurisdições²³².

Nesse contexto, um desses casos paradigmáticos para a questão da jurisdição e lei aplicável é o caso “LICRA” (*LICRA vs. Yahoo!*) ocorrido na França entre 2000 e 2006. A *La Ligue Contre Le Racisme et L’Antisemitism* – LICRA (Liga Contra o Racismo e Antissemitismo), uma organização sem fins lucrativos francesa, enviou uma carta de repúdio à sede da *Yahoo!*, nos Estados Unidos, informando que a venda de itens de memorabilia nazista, por meio dos serviços de leilão *online* da companhia, violava a lei francesa, conduta tipificada no Código Penal Francês, e exigindo que a venda destes produtos fosse interrompida. A LICRA indicou também que medidas judiciais seriam tomadas, a menos que suas demandas fossem cumpridas.

²³¹ KUNER, Christopher. *Internet Jurisdiction and Data Protection Law: An International Legal Analysis* (Part 1). *International Journal of Law and Information Technology*. Vol. 18, 2010. p. 176.

²³² Instituto de Referência em Internet e Sociedade - IRIS. *Competência Internacional dos Tribunais Domésticos e Litígios de Internet*. 2018. p. 20. Disponível em: <http://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2018/02/Jurisdicao-e-internet-Compet%C3%Aancia-Internacional-de-Tribunais-Estatais-e-Lit%C3%ADgios-de-Internet.pdf> Acesso em 21.7.2018

Embora a *Yahoo!* tenha bloqueado a venda dos itens no *site* “*www.yahoo.fr*”, alguns continuaram disponíveis no *site* principal “*www.yahoo.com*”. Sabendo que o *site* principal também era acessível por nacionais franceses, a LICRA iniciou a ação judicial na França demandando o fim dos leilões *online* de itens nazistas. Na ocasião, a União dos Estudantes Judeus da França (*Union des Etudiants Juif de France* - “UEJF”) também apresentou o mesmo pedido no âmbito da demanda. Logo, a ação foi iniciada perante a Corte Superior de Paris²³³.

Os fatos não foram contestados pela *Yahoo!* no caso, mas a empresa americana se defendeu alegando que os leilões foram conduzidos sob jurisdição dos Estados Unidos, e, que, portanto, a justiça francesa não teria competência para julgar o caso.

No exame de jurisdição, a Corte decidiu que o Poder Judiciário francês tinha jurisdição sobre o caso. Para fundamentar a decisão, adotou a “doutrina dos efeitos” estabelecida no caso *Calder vs. Jones*.

Nesse sentido, a Corte Francesa afirmou a competência da sua jurisdição, alegando que: (i) os leilões estavam abertos a usuários de qualquer país, incluindo a França; (ii) a exibição e visualização destes objetos causaram perturbação pública e eram contra o Código Penal Francês; (iii) a empresa americana estava ciente do acesso de usuários franceses ao serviço, pois disponibilizava no *site* conteúdo na língua francesa; e (iv) possuía uma filial em solo francês.

A lei francesa proíbe a exibição de objetos nazistas para fins comerciais, de forma que o mero fato dos cidadãos da França poderem ter acesso aos itens à venda no *site* principal da *Yahoo!* e terem a possibilidade de participar do leilão de tais bens já configuraria um ato ilícito na França.

²³³ FRANÇA. UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France, Ordonnance de Référé 00/05308, Corte Superior de Paris, 20 de novembro de 2000. Disponível em: <goo.gl/XzkgyZ>. Acesso em: 21.7.2018

Segundo a decisão, apesar de a sede da *Yahoo!* estar localizada nos Estados Unidos, a conduta da empresa produziu efeitos no território e na população da França, tornando esta jurisdição competente para adjudicar a demanda.

Tendo reconhecido a sua jurisdição, a Corte Superior de Paris condenou a *Yahoo!* a tomar medidas para impedir o acesso de cidadãos franceses ao leilão. A empresa americana se recusou a cumprir a ordem judicial e, por essa razão, a Corte Francesa aplicou-lhe multa.

A *Yahoo!* optou por não interpor recurso em face dessa decisão. Em vez disso, em 2001, levou o caso à Corte Distrital do Norte da Califórnia, EUA, local da Sede da Empresa, solicitando que julgasse a ordem Francesa como inaplicável em território Americano.

A UEJF e a LICRA apresentaram pedido de arquivamento, com fundamento na falta de jurisdição das cortes californianas, já que ambos os réus não possuíam sede, funcionários ou bens nos Estados Unidos da América.

Na primeira instância, o Tribunal julgou a condenação francesa como conflitante com a Primeira Emenda da Constituição Americana. No entanto, a Corte de Apelações do Nono Circuito, reformou a decisão alegando que a Corte Distrital não tinha jurisdição sobre o caso, por não haver jurisdição sobre a LICRA e a UEJF.

Similar à decisão francesa, a Corte de Apelações aplicou a doutrina dos efeitos para fundamentar a jurisdição. O teste desenvolvido nessa sentença se divide em três elementos: (i) o réu não residente deve cometer algum ato ou consumir alguma transação no local do foro, gozando, assim, dos seus benefícios e da proteção de suas leis; (ii) o pedido do autor deve decorrer ou resultar das atividades cometidas pelo réu no foro em questão; e (iii) o exercício da jurisdição da corte deve ser razoável, cabendo ao réu provar o contrário. Portanto, a Corte de Apelações do Nono Circuito fundamentou a decisão no critério de “contatos mínimos” entre a LICRA e UEJF e o Estado da Califórnia.

A Corte de Apelações do Nono Circuito decidiu que todos esses três elementos estavam presentes no caso. Primeiramente, a UEJF e a LICRA fizeram uso dos recursos nos Estados Unidos ao submeterem a carta de repúdio para a sede da *Yahoo!*, em Santa Clara, na Califórnia. Além disso, a decisão emitida pela Corte Superior de Paris determinava que os servidores da *Yahoo!* em Santa Clara deveriam conter os softwares que impedissem o acesso dos franceses ao comércio *online* dos itens controvertidos. Um último fator relevante foi o fato da UEJF e da LICRA terem utilizado o Serviço de Delegados dos Estados Unidos (*United States Marshals Service*) contra a *Yahoo!*. Com isso, concluiu-se que as medidas tomadas pela LICRA e UEJF tiveram contato com elementos da Califórnia.

Quanto ao segundo elemento, a decisão indicou que o pedido da *Yahoo!* diz respeito à executividade da decisão emitida em favor da UEJF e da LICRA na França. As medidas tomadas pela UEJF e LICRA, por meio das quais gozaram dos benefícios assegurados pela lei da Califórnia, estão diretamente relacionadas com a decisão. Logo, nos termos da decisão, o segundo critério também se encontra presente. Por fim, com relação ao terceiro critério, a Corte de Apelações do Nono Circuito atestou que a UEJF e a LICRA não apresentaram qualquer motivo para indicar que a competência das cortes californianas não seria razoável. Enfim, o pedido de arquivamento por falta de jurisdição foi indeferido.

Interessante observar que tanto na decisão francesa, quanto na decisão norte-americana, o principal fundamento para reconhecimento da jurisdição foram os efeitos das medidas realizadas pelas partes. Assim, em ambos os casos, o precedente adotado no caso *Calder* foi empregado.

Em 2006, o Tribunal de Apelações do Nono Circuito novamente decidiu uma ação declaratória proposta *Yahoo!*, na qual pretendia declarar a inaplicabilidade da sentença proferida pela Corte Francesa em solo americano. O Tribunal de Apelação Americano, mais uma vez, julgou improcedente o pedido da *Yahoo!*, tecendo considerações relevantes sobre a questão do conflito de leis e soberania gerados pelo caso: “A *Yahoo!* está necessariamente arguindo que possui, sob a Primeira Emenda, um direito constitucional de violar a Lei Penal Francesa e de facilitar a

*violação desta por terceiros. [...] a existência de tal direito extraterritorial sob a Primeira Emenda é incerto.*²³⁴”

Essa consideração é relevante ao se considerar os paradoxos de soberania e os conflitos de lei gerados pela Internet.

4.1.1.5 Decisões favoráveis à localização da sede da empresa como critério para definição da jurisdição aplicável

Como exemplo de decisão favorável à localização da sede da empresa como critério de definição da lei aplicável, é possível citar a ordem da Autoridade de Proteção de Dados de Hamburgo²³⁵, Alemanha, proferida em 2016, em processo administrativo envolvendo a empresa Facebook.

Na ocasião, a Corte Administrativa decidiu que a lei de proteção de dados aplicável seria a Irlandesa, e não a Alemã, em função da localização da sede da empresa.

O procedimento teve início quando a Autoridade de Proteção de Dados recebeu reclamação de uma determinada usuária, após o Facebook ter bloqueado sua conta em razão do uso de pseudônimo, exigir uma cópia de sua identidade e unilateralmente mudar seu nome de usuária para seu nome real. A DPA de Hamburgo decidiu que o Facebook não poderia mudar unilateralmente os nomes escolhidos por seus usuários para seus nomes verdadeiros, tampouco exigir-lhes sua identificação oficial, uma vez que a lei de proteção de dados alemã, vigente à época dos fatos, garantia o direito ao uso de pseudônimos.

²³⁴ Yahoo! Inc., a Delaware Corporation, Plaintiff-appellee, v. La Ligue Contre Le Racisme et L'antisemitisme, a French Association; L'union Des Etudiants Juifs De France, a French Association, Defendants-appellants, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006) Disponível em: <[https:// goo.gl/E41b4H](https://goo.gl/E41b4H)> Acesso em 21.7.2018.

²³⁵ The Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information.2016 - Disponível em: https://datenschutz-hamburg.de/assets/pdf/Press_Release_2016-03-04_Facebook-ruling_VG-Hamburg.pdf - Acesso em 20.10.2018.

4.1.1.6 Decisões contrárias à localização da sede da empresa como critério de determinação de jurisdição aplicável

O Tribunal de Justiça da União Europeia possui decisões relevantes contrárias ao critério de localização da sede da empresa a fim de determinar a jurisdição competente para julgar casos envolvendo conteúdo disponibilizado na internet.

O caso *Oliver Martinez e Robert Martinez vs. MGN Limited*, julgado em 2011, é um exemplo. Nesse processo, o ator francês, Oliver, e seu pai, Robert, alegaram que a vida privada e o direito à imagem do ator foram violados por uma postagem feita no *site* do jornal britânico *Sunday Mirror*. A notícia afirmava e dava detalhes de um encontro amoroso que o ator teve com a cantora Kylie Minogue. A ação foi ajuizada na França, residência do ator, contra a MGN Limited, editora do *site* do jornal inglês, empresa com sede no Reino Unido, com base no artigo 9 do Código Civil Francês, o qual dispõe que toda a pessoa tem direito ao respeito a sua vida privada.

A empresa alegou a incompetência da justiça francesa para julgar o caso, por não existir um nexo territorial suficiente entre a veiculação da matéria jornalística e o alegado dano ocorrido em território francês.

O caso foi então submetido ao Tribunal de Justiça da União Europeia para definição da jurisdição²³⁶. Em síntese, o órgão jurisdicional francês questionou o Tribunal de Justiça sobre qual seria a interpretação da expressão “lugar onde [...] poderá ocorrer o facto danoso”, utilizada no artigo 5º, ponto 3, do Regulamento nº 44/2001²³⁷, que trata acerca da competência judiciária quanto ao reconhecimento e execução em matéria civil, do Conselho da União Europeia, nos casos envolvendo violação aos direitos de personalidade por meio de conteúdo colocados à disposição no âmbito da Internet.

²³⁶ União Europeia. *Oliver Martinez e Robert Martinez vs. MGN Limited*. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C 161/10. Julgado em 25.10.2011. Disponível em: goo.gl/AFMWtp. Acesso em 29.10.2018.

²³⁷ Regulamento que substituiu a Convenção de 27 de Setembro de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 1989, L 285, p. 24)

Segundo o Regulamento 44/2001, a ação judicial deve ser iniciada no local onde ocorreu o evento danoso. No entanto, o Tribunal ponderou que os conteúdos disponibilizados na internet são diferentes daqueles publicados de forma impressa. Isso porque o conteúdo dos *sítes* de internet pode ser visualizado concomitantemente por diversas pessoas ao redor do globo, independentemente da intenção daqueles que efetivamente disponibilizaram a notícia. Destarte, o “dano” no contexto da internet, segundo o Tribunal, pode se materializar em qualquer local do globo.

O Tribunal concluiu, assim, que a vítima do dano ocorrido no âmbito da internet pode ajuizar uma ação judicial no local onde o evento danoso seja melhor apreciado pelo órgão jurisdicional e, geralmente, coincidirá com o local onde o autor possui domicílio ou o centro dos seus interesses, ou seja, o lugar de exercício das atividades profissionais.

O Tribunal entendeu, ainda, que esse entendimento não viola o princípio da previsibilidade das regras de competência. Isso porque, segundo restou interpretado, é possível identificar, no momento da postagem do conteúdo danoso na internet, os principais locais de interesse daquela veiculação. Portanto, os envolvidos poderiam identificar facilmente o órgão jurisdicional em que podem processar ou ser processados.

Dessa forma, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que, nos casos envolvendo violação aos direitos de personalidade por meio de conteúdos na internet, é possível ajuizar a demanda na jurisdição no local da sede do estabelecimento que disponibilizou o conteúdo, no caso no Reino Unido, como também no local da residência daquele que sofreu o dano, ou, ainda, onde o evento danoso teve maior impacto:

O artigo 5º, ponto 3, do Regulamento (CE) nº 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, deve ser interpretado no sentido de que, em casos de alegada violação dos direitos de

personalidade através de conteúdos disponibilizados na Internet, a pessoa que se considerar lesada tem a faculdade de intentar uma ação fundada em responsabilidade pela totalidade dos danos causados, quer nos órgãos jurisdicionais do Estado do lugar de estabelecimento da pessoa que emitiu o conteúdo, quer nos órgãos jurisdicionais do Estado onde se encontra o centro dos seus interesses. Esta pessoa pode igualmente, em vez de uma ação fundada em responsabilidade pela totalidade dos danos causados, interpor a sua ação nos órgãos jurisdicionais de cada Estado em cujo território esteja ou tenha estado acessível um conteúdo em linha. Estes são competentes para conhecer apenas do dano causado no território daquele Estado em que a ação foi intentada. (Tradução livre)

Outro precedente estrangeiro interessante e que vale a análise com relação ao tema da jurisdição em processos envolvendo a Internet é o caso *Dow Jones & Company Inc. vs. Gutnick*²³⁸, julgado pela Corte Superior da Austrália em 2002. Foi a primeira vez que um tribunal australiano pode examinar a aplicação das regras do direito internacional privado às condutas da Internet.

A Dow Jones, empresa com sede em Nova York, publicou em seu site australiano *Baron's Online* uma notícia – alegadamente – difamatória sobre Joseph Gutnick, empresário australiano. A Dow Jones, porém, não realiza atividades na Austrália, não possui bens e os servidores utilizados pelo *Baron's Online* são localizados em Nova Jersey.

O empresário australiano Joseph Gutnick iniciou uma ação na Austrália pleiteando a reparação dos danos a sua imagem. A empresa Dow Jones alegou que Poder Judiciário Australiano não tinha competência jurisdicional para julgar o caso, uma vez que a internet, por ser um meio singular de comunicação, deve ter o regramento com relação à difamação examinado de forma especial. A jurisdição para examinar o caso, portanto, deveria ser o local onde o conteúdo considerado difamatório foi efetivamente publicado, ou seja, nos Estados Unidos, e não no local onde foi acessado.

²³⁸ Dow Jones & Company Inc. v Gutnick, Joseph: High Court of Austrália – Disponível em: <http://www7.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2002/56.html> - Acesso em 29.10.2018

A Corte Superior da Austrália, porém, rejeitou os argumentos da Dow Jones e concluiu que o conteúdo publicado e circulado na internet deve ser analisado como qualquer outro meio de comunicação. O resultado prático do julgamento australiano é o de que qualquer local onde a publicação difamatória for lida terá jurisdição para julgar o caso. A Corte considerou que todas as publicações da internet estão disponíveis para todos, sem qualquer restrição geográfica.

Esse julgado gerou muita repercussão e controvérsia. Foram muitas as reações críticas dos grupos de mídia e tecnologia que indicaram que a decisão representa uma ameaça à liberdade de expressão na Internet e um impedimento para publicações *online*²³⁹. Além disso, muitas críticas também defendiam a insegurança jurídica que a decisão geraria, pois seria possível o ingresso de diversos processos judiciais ao redor do globo, em razão de uma publicação com conteúdo difamatório, o que prejudicaria as empresas provedoras de internet.

4.2 O Contexto Brasileiro

No Brasil, a situação não é diferente. É possível verificar diversas decisões judiciais brasileiras que deixam de aplicar os procedimentos de cooperação jurídica internacional para a obtenção de dados que estão sob o controle de empresas sediadas no exterior e, assim, detêm o armazenamento e o controle dos dados fora do país.

Ao mesmo tempo em que os mecanismos de persecução criminal e aplicação das leis devem ser respeitados, o Estado brasileiro e suas instituições, simultaneamente, seriam chamados a assegurar que soluções adotadas para aqueles objetivos (persecução criminal e aplicação das leis) não ignorem o caráter transnacional da internet e obrigações assumidas pelo Brasil no plano internacional.

²³⁹ Garnett. Richard: Case Notes Dow Jones & Company Inc V Gutnick: An Adequate Response To Transnational Internet Defamation? Melbourne Journal of International Law, Vol. 4. - Disponível em: https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0007/1680343/Garnett.pdf - Acesso em 29.10.2018

São diversos os exemplos de decisões na linha acima indicada. A mais importante e paradigmática²⁴⁰ destas foi proferida em 2013 pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da controvérsia jurídica numa “questão de ordem” em inquérito de competência originária²⁴¹.

Interessante observar na análise desse precedente é que, nos termos do relatório proferido pela Ministra Relatora Laurita Vaz, resta reconhecido que os dados estavam armazenados em território norte-americano:

[...] Questão de ordem. Decisão da ministra relatora que determinou a quebra de sigilo telemático (GMAIL) de investigados em inquérito em trâmite neste STJ. Google Brasil Internet Ltda. descumprimento. alegada impossibilidade. inverdade. Google International Llc e Google Inc. controladora americana. Irrelevância. Empresa instituída e em atuação no país. Obrigatoriedade de submissão às leis brasileiras, onde opera em relevante e estratégico seguimento de telecomunicação. Troca de mensagens, via e-mail, entre brasileiros, em território nacional, com suspeita de envolvimento em crimes cometidos no brasil. Inequívoca jurisdição brasileira. Dados que constituem elementos de prova que não podem se sujeitar à política de Estado ou empresa estrangeira. Afronta à soberania nacional. Imposição de multa diária pelo descumprimento.(...)

Os dados em questão estão armazenados em território norte-americano e, por isso, sujeitos à legislação daquele país, que considera ilícito a divulgação por pessoa ou entidade provedora de um serviço de comunicação eletrônica dos conteúdos de uma comunicação mantida em armazenamento eletrônico (referência à Lei norte-americana da Privacidade em Comunicações Eletrônicas - "ECPA", §§ 2701-2712). Contudo, indica a via diplomática para a obtenção dessas informações, fazendo menção ao acordo de assistência judiciária em matéria penal em vigor entre Brasil e EUA (Decreto 3.810/2001).

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça acabou por obrigar a empresa, sediada nos Estado Unidos da América, a entregar os dados armazenados e controlados fora da jurisdição brasileira, sem a utilização dos procedimentos de

²⁴⁰ E é até hoje o principal precedente reiteradamente citado nas decisões proferidas na sequência.

²⁴¹ STJ, Inq 784DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Corte Especial, julgado em 17.4.2013, DJe 28.8.2013

cooperação internacional previstos na legislação, sob um único fundamento: afronta à soberania nacional.

Na maioria dos casos examinados, ocorre o seguinte: o Ministério Público e/ou as autoridades policiais, cientes da utilização das novas tecnologias pelos investigados, requerem às empresas que atuam no setor da tecnologia da informação o fornecimento de dados sobre os usuários, tanto para identificá-los, como no caso dos metadados – os dados cadastrais e endereços IP - quanto para determinar a extensão e os contornos precisos da conduta de cada um, por meio do acesso ao conteúdo de comunicação privada. No entanto, nem sempre adotam o procedimento correto à luz das normas do direito brasileiro e do direito internacional.

Nesse contexto, não são raras as solicitações do Ministério Público ou da autoridade policial para que se intime determinada empresa brasileira, subsidiária de empresa estrangeira que oferece serviços de e-mail, mensageiros instantâneos e rede social, a fornecer dados de usuários do serviço, dados estes que a subsidiária não possui e não tem como obter por livre vontade.

Em determinados casos, o Poder Judiciário endossa tais iniciativas, mesmo ciente de que tais empresas não prestam o serviço em questão, não possuem os dados requeridos ou, ainda, que tais dados encontram-se fisicamente localizados em outro Estado, portando, fora da jurisdição brasileira.

Nesse quadro, a empresa brasileira não fornece os dados solicitados por impossibilidade absoluta, fática e jurídica. O juízo de primeiro grau, ante o suposto descumprimento de sua determinação, estabelece multas em valores elevados e, em casos extremos, chegou-se a impor penalidades pessoais contra representantes legais das empresas por crime de desobediência e até detenção. O fato de tais decisões serem de impossível cumprimento pela parte, e mesmo a indicação do caminho correto para obtenção dos dados, parece não convencer autoridades locais que desprezam o procedimento autorizado pela lei em prol de um procedimento improvisado à margem do Direito aplicável.

Em razão dos dados estarem fisicamente localizados e controlados no exterior, a via correta de acesso parece ser aquela prescrita pelos mecanismos da cooperação judicial internacional.

Nesse caso, quando inexistir tratados específicos, aplicam-se as disposições gerais referentes à carta rogatória. É comum, porém, que os países celebrem bilateralmente os chamados Tratados de Cooperação Jurídica Mútua, mais conhecidos como *MLATs (Mutual Legal Assistance Treaties)*, os quais estabelecem um sistema abreviado de cooperação, padronizando a comunicação de atos processuais, a obtenção de provas e outras providências úteis às autoridades das nações pactuantes.

4.3 O Funcionamento do Setor da Tecnologia da Informação

Com o advento da Internet, o setor da tecnologia da informação sofreu mudanças consideráveis, assim como praticamente todos os setores da economia. Em um breve espaço de tempo, a forma como a sociedade passou a se comunicar, interagir, informar, fazer negócios, utilizar serviços financeiros etc. passou a estar intrinsecamente ligada ao uso da rede mundial de computadores.

Com a interligação global, os serviços podem ser prestados em distâncias continentais, o que gera diversas novas questões jurídicas. Para o presente trabalho, reitera-se que o aspecto central é a localização de armazenamento dos dados e das empresas que os controlam.

4.3.1 Dados: conceito jurídico e proteção constitucional

O conceito de dado, em sentido estrito, significa o núcleo duro das informações eletrônicas, ou seja, o próprio conteúdo eletrônico. Em tempos de *big data*, os dados são justamente os impulsionadores da sociedade da informação²⁴².

²⁴² CASTELLS, Manuel. *Op. Cit.* p. 124

Big data é o termo utilizado para nomear o conjunto de dados. Representa uma enorme quantidade de dados contida em bancos interligados entre si distribuídos em diversos servidores pelo mundo em rede na internet.

A velocidade é também aspecto relevante do *big data*. A combinação de técnicas automatizadas que asseguram velocidade no processamento de dados de uma forma anteriormente inimaginável possibilita a obtenção de importantes informações sobre os indivíduos e auxilia a tomada de decisões econômicas, políticas e sociais²⁴³.

Nesse contexto, os dados e seu fluxo passam a necessitar da tutela jurisdicional e se tornam verdadeiro direito fundamental a ser protegido pelo Estado.

No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro, o enquadramento normativo conferido à proteção dos dados encontra previsão apenas nas garantias constitucionais da liberdade, da privacidade e no livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, nos termos do artigo 5º, *caput*, e inciso X, da Constituição Federal.

Segundo o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal²⁴⁴, também são invioláveis o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, através de dados e das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial.

Nesse sentido, as normas constitucionais referentes aos dados eletrônicos parecem encorajar a interpretação de que os dados somente são protegidos em relação à sua comunicação, a sua transferência. Essa é a interpretação defendida por Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁴⁵:

²⁴³ MENDES, Laura. "Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor". Série IDP, 2014, p. 33.

²⁴⁴ Art. 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

²⁴⁵ FERRAZ, Tércio. "Sigilo De Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado". Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, v. 88, 1993, p. 446 – 447.

O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo “da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”. Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção “e” une correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefonia. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. [...] A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.416, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, consignou que *“a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação ‘de dados’ e não dos ‘dados em si mesmos’, ainda quando armazenados em computador”*²⁴⁶.

Contudo, é de se reconhecer que tal entendimento não abarca a atual realidade decorrente da era *dataísta*, haja vista que desconsidera diversas situações de abuso em face da utilização indevida dos dados contidos no *big data*. Considerar apenas a comunicação dos dados não é realizar uma tutela efetiva aos dados eletrônicos na amplitude e na importância que o tema merece atualmente.

Os avanços tecnológicos expõem novas situações que desafiam o ordenamento jurídico, reclamando uma nova disciplina, bem como a ressignificação de antigos institutos²⁴⁷. A crescente tendência à tutela jurídica de defesa de dados, sobretudo mediante Leis Gerais de Proteção de Dados Pessoais, pretende

²⁴⁶ STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário n. 418.416, julgado em 10.5.2006, publicado em 19.12.2006.

²⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. *“Temas de Direito Civil”*, 3ª Edição. Editora Renovar, 2004, p. 23 – 24.

harmonizar o desenvolvimento da tecnologia e a preservação dos direitos dos titulares dos dados²⁴⁸.

Em observância a essa nova realidade e a necessidade de proteção dos dados, duas leis são importantes para o exame do tema ora proposto. A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet no Brasil ou MCI, e a Lei 13.709, de 10 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira ou LGPD.

O Marco Civil da Internet estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e disciplina normativamente as obrigações referentes aos dados eletrônicos.

Já a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira dispõe sobre o tratamento dos dados pessoais. É um importante marco regulatório para o presente estudo, pois demonstra a importância dos dados eletrônicos e a necessidade de legalmente discipliná-los.

4.3.2 Dados x Metadados

Antes de examinar as legislações apontadas, porém, faz-se necessário analisar a diferenciação que a legislação brasileira determina entre os dados e os metadados.

Segundo a definição da National Information Standards Organization²⁴⁹, o metadado é a “[...] *informação estruturada que descreve, explica, localiza ou que, de algum modo, facilita a recuperação, uso ou gerenciamento de uma fonte de informação. O metadado é pode ser denominado dado sobre dado ou informação sobre informação*”.

²⁴⁸ Cavalcanti, Natália Peppi. A Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil na Era do Big Data *in* Tecnologia Jurídica & Direito Digital. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2018. p. 351

²⁴⁹ National Information Standards Organization. Understanding metadata: what is metadata, and what is it for? By Jenn Riley - Bethesda: NISO Press, 2017 - Disponível em https://groups.niso.org/apps/group_public/download.php/17443/understanding-metadata - Acesso em 8.12.2018

Em outras palavras, enquanto os dados são o conteúdo da informação, os metadados são as informações sobre o envio daquele conteúdo. Ou seja, quem a enviou, como enviou e de qual local a informação foi enviada. Tratam-se das informações que circundam a comunicação.

Na verdade, os metadados não são uma novidade da era digital — afinal, fichas catalográficas dos livros em uma biblioteca também podem ser consideradas metadados. Porém, a quantidade, tipo e capacidade de análise só adquiriram a relevância atual em razão dos avanços na tecnologia da informação. Ademais, com essa maior quantidade e poder de análise, os metadados tornaram-se, muitas vezes, capazes de informar até mais do que os próprios dados.

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) traz no artigo 5º algumas definições importantes, entre elas a distinção entre registros de conexão e registros de acesso a aplicações da internet, ambos considerados metadados.

No inciso VI do citado dispositivo, a Lei considera registro de conexão “*o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados*”. Já o endereço IP é definido no inciso III como “*endereço de protocolo de internet (endereço IP) é o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais*”.

Por sua vez, inciso VIII indica a definição de registros de acesso a aplicações de internet, como sendo “*o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP*”.

Assim, obedecendo a definição trazida pela própria legislação, o Marco Civil da Internet estabelece duas categorias de dados que devem ser armazenados em território nacional. Nos termos dos artigos 13 e 15, os registros de conexão e os registros de acesso a aplicações devem ser guardados pelo prazo de 1 ano e de 6 meses, respectivamente.

A previsão legal, portanto, determina a guarda ou armazenamento apenas dos metadados, objetivando facilitar a identificação de usuários da internet pelas autoridades competentes. A disponibilização de tais metadados, porém, nos termos da Lei, deve ser realizada apenas mediante ordem judicial, como dispõe o parágrafo 5º do artigo 13²⁵⁰ e parágrafo 3º do artigo 15²⁵¹ do MCI. Porém, não há na referida legislação a definição legal para o termo “dado eletrônico”.

A LGPD (Lei nº 13.709 de 2018), por sua vez, considera, no artigo 5º, inciso IV, a definição de banco de dados como sendo o “conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico”. Já os incisos I, II e III fazem a distinção entre os tipos de dados pessoais.

Essa diferença de obrigações entre as duas categorias de agentes, provedores de conexão e de aplicação, almeja garantir a consecução de outros princípios: a privacidade e a proteção da vida privada dos cidadãos usuários da Internet. Afinal, para que o usuário de uma aplicação seja identificado, uma das técnicas possíveis de serem utilizadas é a realização do cruzamento dos dados de registros de ambos provedores. Em outras palavras, através da combinação dos dois tipos de registro, é possível identificar o autor de determinada ação praticada na internet²⁵².

A obrigação prevista no Marco Civil da Internet sobre o armazenamento dos metadados por determinado período de tempo está em consonância com o previsto no artigo 5º, VI²⁵³, da Constituição Federal, que, apesar de garantir a liberdade de expressão, veda o anonimato. Assim, os metadados, como os endereços de IP, são

²⁵⁰ Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento. § 5º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

²⁵¹ O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento. § 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

²⁵² LEMOS, Ronaldo. LEITE, George. *Marco Civil da Internet*. Ed. Atlas. São Paulo, 2014

²⁵³ IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

a identidade do usuário na internet e é justamente através deles que o usuário pode ser identificado.

Tais definições são importantes ao presente estudo para diferenciar os dados eletrônicos dos metadados.

4.3.3 Quem controla os dados e onde estes se localizam fisicamente?

A comunicação pela Internet gera dados acerca de si. Sendo a Internet compreendida como “uma rede de redes” que utiliza um conjunto de protocolos (*Internet Protocol Suite* ou TCP/IP), os respectivos dados são geralmente controlados pelos provedores de conexão e/ou provedores de aplicações da internet.

Provedores de conexão, por sua vez, são as empresas que fornecem “a *habilitação de um terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP*”²⁵⁴, enquanto provedores de aplicações de internet fornecem “*funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet*”²⁵⁵.

Os provedores de aplicações operam serviço exclusivamente privado e gozam de livre iniciativa para definirem seus modelos de negócios e operação. Aplicações podem ser (e em sua grande maioria são) oferecidos e operados por empresas estrangeiras, com ou sem presença no Brasil, tendo em vista sua escalabilidade global.

A depender do modelo de negócios, contratos e operações adotados por um provedor de aplicação estrangeiro, ele, e somente ele, pode ser o controlador dos dados dos usuários de seus serviços.

A lei brasileira não proíbe tal modelo de negócios e nem poderia ser diferente em um mundo globalizado, com abertura de mercado. Caso contrário, somente aplicativos de internet, operados a partir do Brasil, seriam aqui permitidos.

²⁵⁴ Definição de conexão à internet (art. 5º, V do Marco Civil da Internet).

²⁵⁵ Definição de aplicações de internet (art. 5º, VII do Marco Civil da Internet).

Considerando que a vasta maioria dos aplicativos de internet de maior sucesso no mundo foram criados e são operados a partir de outros países, o Brasil se fecharia ao desenvolvimento tecnológico e privaria sua população do uso dos aplicativos mais modernos e de maior impacto no mundo.

Dessa forma, a capacidade do provedor de aplicações de Internet ter controle dos dados determina quem está sujeito à ordem judicial que gera o compartilhamento destes dados.

Necessário, porém, indicar, a partir da localização física e jurídica do controlador dos dados, qual é a autoridade judiciária competente para executar tais ordens referentes aos dados.

A resposta parece ser simples: a competência para determinar a entrega de dados é da autoridade competente no território em que o provedor de aplicação, com legítima autorização para controlar os dados, está efetivamente localizado.

Mais uma vez, é relevante ressaltar que na legislação brasileira não há nenhuma obrigação prevista para que os dados estejam localizados ou armazenados no Brasil. O que há, na realidade, são obrigações quanto ao respeito dos direitos dos usuários e a aplicação da própria legislação brasileira.

A questão quanto à localização do controlador dos dados é essencial para definir a jurisdição competente sobre o seu fornecimento. Isso porque, quando um Estado requisita a disponibilização dos dados que se encontram sob controle de entidade sob jurisdição de outro Estado, este veda o fornecimento direto às autoridades estrangeiras ao definir a Cooperação Jurídica Internacional como o único processo legal para tanto.

Nesse caso, para a obtenção dos dados, cabe ao Estado recorrer aos mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional previstos na legislação. A solução para esse aparente conflito de jurisdições é, na verdade, o simples respeito a cada jurisdição, em seu respectivo território, bem como a utilização dos mecanismos de cooperação jurídica internacional.

Como grande parte dos provedores de aplicações que atuam no Brasil são estabelecidos nos Estados Unidos da América, utilizar-se-á como exemplo, para o estudo mais aprofundado da matéria, a legislação americana sobre o tema, a fim de gerar melhor compreensão da atual situação jurídica, principalmente em razão do procedimento previsto pelo Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001, o *Mutual Legal Assistance Treaty* firmado entre esses países - MLAT.

4.3.4 A lei aplicável: o ordenamento jurídico americano ao qual se submetem os provedores de aplicações de internet estabelecidos nos Estados Unidos da América

A legislação americana regente da matéria impõe limitações estritas quanto à possibilidade de provedores de aplicações disponibilizarem os dados referentes aos usuários.

De acordo com o *Stored Communications Act* (“SCA”), que constitui o Título II do *Electronic Communications Privacy Act* (“ECPA”), provedores de serviços de comunicações eletrônica (*Electronic Communication Service* – “ECS”) ou de serviço de computação remota (*Remote Computing Service* – “RCS”) não devem disponibilizar, por exemplo, o conteúdo de comunicações, tais como e-mails, fotos, mensagens etc., com exceção das restritas hipóteses expressamente previstas no SCA. Essa lei federal americana autoriza apenas as entidades governamentais americanas a obrigarem os provedores de serviços a disponibilizarem os dados de usuários e a divulgarem conteúdo de comunicações privadas – isso apenas em circunstâncias específicas.

A Seção 2702 do SCA relaciona em *numerus clausus* 8 (oito) exceções que permitem, mas não ordenam, que os provedores de aplicativos disponibilizem os dados dos usuários apenas nas seguintes circunstâncias:

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

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

Como é possível observar, os provedores de aplicativos de internet devem respeito ao regime normativo ao qual estão territorialmente submetidos. Qualquer situação fora das acima indicadas caracteriza infração da legislação e, portanto, acometidos a sanções.

Tal situação demonstra claramente que diversas situações há verdadeiro conflito de legislações que deve ser solucionado através da Cooperação Jurídica Internacional.

4.4 O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)

Há impressão de existir um aparente conflito de leis entre o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), com seus dispositivos de aplicação unilateral da lei brasileira previsto no artigo 11, e o Decreto nº 3.810 de 2001, que determina o processo a ser adotado em casos de Cooperação Jurídica Internacional.

Esse conflito, entretanto, é apenas aparente, sobretudo quando analisados mais a fundo os dispositivos e a estrutura de relacionamento ou interação entre normas estabelecidas pelos próprios instrumentos legislativos pátrios.

Por observância ao princípio da cooperação internacional, bem como outros princípios de direito internacional e dos tratados, nenhuma interpretação consistente do Marco Civil pode ir de encontro ao estabelecido no Decreto nº 3.810 de 2001, que estabelece, em diversos momentos, o respeito à legislação do Estado Requerido. Isso porque: (i) o Decreto incorpora, ao ordenamento brasileiro, tratado ao qual o Brasil se comprometeu a seguir; (ii) o Marco Civil determina, em seu artigo 3º, parágrafo único²⁵⁶, o respeito a outros princípios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive os referentes a cooperação internacional; e (iii) o Decreto por si só é parte do direito brasileiro, para o qual o Marco Civil determina a observância para casos envolvendo dados coletados no território nacional.

Assim, o não cumprimento de ordens judiciais, por empresas com atuação transnacional, referentes ao fornecimento ou entrega de dados em razão da restrição imposta por leis estrangeiras, como o *Stored Communications Act*, não pode ser considerada uma violação à soberania brasileira, violação à legislação pátria e nem um conflito com o ordenamento jurídico brasileiro.

Isso se dá em função do próprio direito brasileiro, o qual é integrado por normas do Marco Civil da Internet, do Decreto nº 3.810, da Constituição, entre outros Tratados, e prevê a observância do procedimento de cooperação internacional, como os *Mutual Legal Assistance Treaties* - MLATs (ou Acordos Mútuos de Cooperação Jurídica), sem qualquer margem discricionária para a justiça brasileira. Para além das obrigações legais, existem obrigações internacionais bilaterais e multilaterais firmadas e fundadas em tratados válidos e vigentes, cujo descumprimento leva o Brasil à responsabilidade internacional por violação positiva.

²⁵⁶ Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O Marco Civil da Internet reforça importantes direitos e garantias fundamentais e constitucionalmente previstas, como o direito à privacidade, à proteção dos dados pessoais (objeto inclusive de legislação recém-sancionada, a Lei nº 13.709/18 (a “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais” ou “LGPD”), à inviolabilidade e sigilo das comunicações online, à acessibilidade, à liberdade dos modelos de negócio, bem como outros princípios “previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, nos termos do artigo 3º, parágrafo único, do MCI.

Além disso, o antagonismo do binômio “privacidade” x “segurança”, muitas vezes utilizado como argumento no debate em questão, é frequentemente criticado pela doutrina nacional e internacional, já que em diversas ocasiões direitos fundamentais foram flagrantemente “flexibilizados” em favor de uma pretensa necessidade de resposta social (e, por vezes, política e até midiática) a questões de segurança.

No entanto, privacidade e segurança não são mutuamente excludentes, assim como a proteção aos dados pessoais de usuários não significa, necessariamente, direito à privacidade absoluta ou ao anonimato.

O próprio artigo 3º do Marco Civil da Internet elenca a privacidade e a segurança como princípios disciplinadores, e não concorrentes ou excludentes ao uso da internet no Brasil. Tal afirmação é, ainda, reforçada pelo artigo 8º da referida legislação, a qual prevê a garantia à privacidade e à liberdade de expressão.

4.5 A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira (“LGPD”)

A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira (Lei nº 13.709/2018 ou LGPD), sancionada pelo Presidente Temer em 14 de agosto de 2018 e já modificada pela Medida Provisória nº 869/2018, que regula pormenorizadamente “...o tratamento de

*dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado*²⁵⁷.

O exame dos dispositivos basilares da Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil depende do alcance da tutela jurídica conferida aos dados pessoais. Para tanto, o artigo 5º da Lei dispõe sobre o que considera “dado pessoal” ou “tratamento de dados” e elenca os sujeitos envolvidos nessa atividade. A compreensão dos referidos conceitos chaves, sob o enfoque jurídico, tem especial relevância para a delimitação de direitos, obrigações e responsabilidades previstas na legislação.

Dado pessoal é a *“informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”*, nos termos do artigo 5º, inciso I. Outrossim, *“poderão ser considerados como dados pessoais aqueles utilizados para a formação do perfil comportamental de uma determinada pessoa natural, se identificada”* (artigo 12º, parágrafo 2º). Por conseguinte, os dados que identificam uma pessoa natural ou que a sujeitam a um parâmetro de comportamento são definidos como pessoais.

É importante ressaltar que na era do *big data*, que permite a correlação rápida de grandes e variadas bases de dados, praticamente todo e qualquer dado pode, eventualmente, ser considerado pessoal e, assim, submetido aos ditames da Lei.

O tratamento sintetiza *“toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”*, nos termos do artigo 5º, inciso X.

Como é possível observar, diversas são as atividades que englobam o tratamento de dados. Em linhas gerais, na dinâmica do *big data*, os dados são coletados das mais variadas formas, como em transações comerciais, pesquisas de

²⁵⁷ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

mercado e de estilo de vida, censo de registros e interações em meios digitais. Nesse processo, o armazenamento se dá em enormes bancos de dados.

O processamento, por sua vez, consiste em técnicas de análise e refinamento dos dados, com o intuito de deles extrair informações úteis e valiosas (artigo 5º, inciso X). Por fim, a difusão está associada à ideia de mercado de dados pessoais, que pode ser entendida como interações econômicas voltadas à compra e venda de informações correlacionadas aos dados.

A LGPD define ainda transferência internacional de dados. Conforme prevê o artigo 5º, inciso X, a transferência internacional de dados consiste na transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro.

Para o objetivo do presente trabalho, porém, o que é importante observar é a previsão de eficácia extraterritorial que possui a LGPD. Isso porque a legislação brasileira de proteção de dados indica expressa previsão de aplicação a qualquer operação de tratamento independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, nos termos do artigo 3º, desde que (i) a operação de tratamento seja realizada no território nacional; (ii) a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; (iii) os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

O parágrafo 2º do artigo 3º²⁵⁸, complementado com o inciso IV do artigo 4º²⁵⁹, indica as exceções do alcance da legislação ao tratamento dos dados pessoais provenientes de fora do território nacional ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência.

²⁵⁸ Artigo 3º, § 2º: Excetua-se do disposto no inciso I deste artigo o tratamento de dados previsto no inciso IV do caput do art. 4º desta Lei.

²⁵⁹ Art. 4º: Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

Observa-se, porém, que a legislação não traz qualquer obrigação para que os dados sejam armazenados em território brasileiro. Pelo contrário, reconhece a possibilidade de armazenamento em servidores localizados ao redor do globo.

Além disso, especificamente, dispõe sobre a aplicação jurisdicional, mas não traz qualquer obrigação de entrega de dados localizados no outro país, nem estende essa competência jurisdicional.

A LGPD, por ser inspirada em regulações europeias sobre o uso de informações pessoais como a Regulação Geral de Proteção de Dados, conhecida como GDPR (*General Data Protection Regulation*)²⁶⁰, que entrou em vigor no final de maio de 2018, prevê a aplicação extraterritorial da lei em determinadas circunstâncias mas, como não poderia deixar de ser, não indicam jurisdição executiva extraterritorial.

Portanto, a previsão de eficácia extraterritorial antecipada nas referidas legislações, LGPD e GDPR, não indicam como será realizado o *enforcement* das decisões envolvendo as leis, como por exemplo a aplicação das penalidades. Nesses casos, para realizar o *enforcement* das penalidades, será necessária a utilização dos instrumentos de cooperação jurídica internacional para tanto.

A razão disso, conforme demonstrado ao longo do presente trabalho, é que os princípios de soberania, independência, não-intervenção e cooperação entre os povos, expressamente albergados na Constituição Federal, ao mesmo tempo, não permitem aos Estados estrangeiros realizarem diligências processuais, nem executarem decisões judiciais em território nacional à margem dos mecanismos apropriados de Cooperação Jurídica Internacional.

²⁶⁰ A Regulação Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation* – GDPR) (Regulação (EU) 2016/679 é uma Regulação adotada pela União Europeia em abril de 2016 para substituir a Diretiva 95/46/EC (“Diretiva”), conhecida como Diretiva Europeia de Proteção de Dados Pessoais e entrou em vigor em 25 de maio de 2018.

4.6 *Mutual Legal Assistance Treaties* (“MLATs”)

A crescente utilização da internet transformou as relações que passaram a ser cada vez mais transnacionais, presente inclusive no cotidiano dos cidadãos. Diante disso, os acordos de cooperação jurídica internacional, os MLATs, apresentam atualmente dificuldades de efetividade e eficiência, sendo muito criticados pela demora em seu procedimento.

Segundo La Chapelle e Fehlinger²⁶¹, é possível classificar os problemas da atual implementação dos MLATs no mundo: celeridade, escopo, assimetria e escalabilidade.

Com relação ao problema da celeridade, é necessário refletir que os MLATs foram criados em um contexto histórico em que os crimes transnacionais eram exceção e utilizados apenas para casos excepcionais. Assim, são mal adaptados a atual velocidade de disseminação da informação via internet. De fato, um pedido de cooperação jurídica internacional via MLAT pode, com exceções, demorar meses para ser cumprido.

Em razão disso, apesar de promover a garantia processual e os direitos fundamentais, o procedimento do MLAT acaba por torná-los impraticáveis para utilização nos casos concretos. É esse o principal argumento daqueles que afastam o procedimento de cooperação jurídica internacional nos litígios que envolvem a transferência de dados eletrônicos.

Outra crítica aos MLATs está relacionada à limitação dos atos objeto de cooperação, haja vista que, uma das exigências dos acordos é a necessidade de reciprocidade de crimes. Tal exigência acaba por prejudicar e reduzir o escopo dos MLATs, pois a disparidade nas legislações, principalmente nos casos envolvendo liberdade de expressão, a cooperação é ineficaz.

²⁶¹ LA CHAPELLE, Bertrand de; FEHLINGER, Paul. *Op Cit.* 2016, p 12

Os MLATs também acabam por desconsiderar o local da ocorrência do ilícito e impõem o sistema jurídico do país que recebe o pedido de cooperação, e não daquele que o requisitou. Por essa razão, diversos países têm criticado o sistema de cooperação jurídica via MLAT, principalmente em razão do significativo número de empresas sediadas nos Estados Unidos da América.

Por fim, é praticamente impossível que os MLATs consigam abarcar a escala da internet, o que demandaria aos países estabelecer relações bilaterais entre os mais de 190 Estados²⁶².

Diante disso, afirmam os autores, é necessária a criação de soluções inovadoras e que superem as limitações dos MLATs, mas que ainda assim garantam o devido processo legal e a eficiência dos acordos firmados em termos de cooperação jurídica internacional. Reconhecem, porém, que o processo de mudança não será fácil e nem simples.

Deve-se ressaltar, porém, que a maior parte dos estudiosos do debate sobre jurisdição e internet defendem o sistema de cooperação jurídica internacional através dos MLATs, mesmo com os atuais problemas; ainda que admitam a necessidade de melhorias no sistema.

Como exemplo, a *Electronic Frontier Foundation*²⁶³ reconhece que o sistema MLAT preserva as garantias processuais e estabelece maior proteção ao direito à privacidade dos usuários da internet, uma vez que ao se buscar um dado no exterior, a autoridade necessitará respeitar as legislações sobre o tema dos dois Estados envolvidos. Acreditam, porém, no aperfeiçoamento do sistema através de simplificação dos procedimentos atuais, melhores treinamentos quanto aos mecanismos de cooperação jurídica internacional e maior atribuição aos órgãos de cooperação.

²⁶² www.mlat.info - Acesso em 29.10.2018

²⁶³ JAYCOX, Mark; e TIEN, Lee. Reforms Abound for Cross-Border Data Requests. Electronic Frontier Foundatio - Disponível em <https://www.eff.org/deeplinks/2015/12/reforms-abound-cross-border-data-requests> - Acesso em 30.10.2018

Especificamente com relação aos MLATs firmados com os Estados Unidos da América, *Electronic Frontier Foundation* defende a exclusão do requisito da “*probable cause*” presente nos tratados. Para eles, seguindo os ensinamentos de Jennifer Daskal²⁶⁴, a necessidade de se indicar a “causa provável” acaba por burocratizar ainda mais o procedimento, pois a autoridade que requisita os dados deve indicar expressamente as razões pelas quais aquelas informações são necessárias. Tal exigência leva, muitas vezes, no indeferimento dos pedidos e, conseqüentemente, novas requisições são formuladas, o que contribui para a demora no êxito da cooperação.

Ainda segundo a *Electronic Frontier Foundation*, a falta de cooperação jurídica entre os países pode gerar a adoção de soluções arbitrárias, ilegais e de atos unilaterais pelos governos, como a determinação de entrega de dados sem o devido processo legal, o que representa graves riscos à privacidade e à violação das soberanias; ou ainda, a imposição de que os dados sejam armazenados na jurisdição do país, o que representa um retrocesso com relação à liberdade econômica do setor de tecnologia em todo o mundo.

4.7 *The Clarifying Overseas Use of Data Act* (‘CLOUD ACT’)

Como visto, os desafios contemporâneos enfrentados pelas empresas da tecnologia da informação em área tão dinâmica quanto internacionalizada, especialmente no que diz respeito a requisições oriundas do sistema de justiça brasileiro quanto à disponibilidade de dados e conteúdo de comunicações privadas de seus usuários, que sejam controlados por servidores situados fora do país e submetidos, portanto, à jurisdição estrangeira.

São requisições de dados cujo controle é efetuado a partir de servidores nos Estados Unidos da América, muito em razão da atual popularidade de aplicativos de mensageria ali estabelecidos, mas também em outras localidades do mundo.

²⁶⁴ DASKAL, Jennifer. *Law Enforcement Access to Data Across Borders: The Evolving Security and Rights Issues*. Journal of National Security Law & Policy, Vol. 8, 2016

No entanto, nesse procedimento, há um conflito de leis quando a determinação do cumprimento de uma ordem judicial oriunda do Brasil é voltada exclusivamente à empresa que não tem controle desses dados, o que frustra o comando judicial e acarreta a imposição de sanções, tais como multas.

Tradicionalmente, a forma de obtenção de tais dados são as cartas rogatórias, cujo procedimento é simplificado através dos MLATs – *Mutual Legal Assistance Treaties*. No caso do Brasil e Estados Unidos da América, trata-se do Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001, que promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em 14 de outubro de 1997.

Contudo, tal procedimento é considerado excessivamente burocrático e lento, embora represente o devido processo legal ora vigente e válido no ordenamento jurídico brasileiro e legitimamente incorporado ao Direito interno.

Diante disso, visando simplificar e agilizar os procedimentos de cooperação internacional, os Estados Unidos da América recentemente inseriram em seu ordenamento jurídico o *Clarifying Overseas Use of Data Act*, conhecido pela sigla CLOUD ACT, sancionado pelo Presidente Donald Trump no dia 23 de março de 2018.

O CLOUD ACT é Lei Federal norte-americana que atualiza o *Electronic Communications Privacy Act* (“ECPA”), uma série de normas que regulam como os agentes públicos podem acessar dados armazenados no exterior.

A nova lei atualiza especificamente o Título II da Lei de Privacidade das Comunicações Eletrônicas de 1986 (ECPA), deixando claro que os provedores que se enquadram no escopo da legislação devem preservar e divulgar os registros de seus assinantes dentro da posse, custódia ou controle de tal provedor, independentemente de tal comunicação, registro ou outras informações localizadas dentro ou fora dos Estados Unidos.

Portanto, enquanto um provedor localizado nos Estados Unidos tiver controle sobre uma comunicação armazenada fora, o provedor deve preservar e, quando solicitado de acordo com o processo legal, divulgar a existência dessa comunicação ao governo americano.

Antes, os EUA só poderiam acessar os dados armazenados no exterior por meio de tratados de assistência jurídica multilateral (*mutual legal-assistance treaties* – MLAT), nos quais, por meio de um MLAT, duas ou mais nações expressam sua disposição a cooperar mutuamente com as investigações legais.

O CLOUD ACT traz dois blocos de normas jurídicas inter-relacionados. O primeiro trata da obrigação das empresas provedoras de serviço de comunicação eletrônicas cumpram as obrigações de preservar, *backup* ou revelar o conteúdo das comunicações eletrônicas, independentemente se a posse, custódia ou controle esteja fora dos Estados Unidos.

Já o segundo trata da possibilidade de empresas submetidas ao Stored Communications Act (SCA) entregar diretamente a um governo estrangeiro qualificado as informações de comunicações privadas.

Quanto ao primeiro bloco – de interesse apenas indireto – é importante ressaltar a possibilidade expressa dos provedores peçam judicialmente a anulação ou modificação da ordem de entrega de conteúdo de comunicações por dois motivos: (i) o consumidor ou assinante não é uma pessoa americana e não reside nos Estados Unidos e (ii) a ordem pode criar risco material que o provedor viole as leis de um governo estrangeiro qualificado²⁶⁵.

Por governo estrangeiro qualificado, o Ato²⁶⁶ entende o governo estrangeiro que (i) possui um acordo executivo previsto na Seção 2523 em vigor; (ii) garantam oportunidades substantivas e procedimentais similares às previstas nos parágrafos 2 e 5 da Seção 2713.

²⁶⁵ CLOUD Act, 18 U.S.C. §2713 (2018).

²⁶⁶ CLOUD Act, 18 U.S.C. §2713 (2018).

Dessa forma, o governo estrangeiro qualificado também deve possibilitar aos provedores de serviço de comunicação eletrônica a possibilidade de pedir judicialmente a anulação ou a modificação da ordem de entrega (parágrafo 2º) e a disponibilização dos dados de comunicação privada a um governo estrangeiro qualificado (parágrafo 5º).

O segundo bloco do Ato prevê a possibilidade de o governo estrangeiro 'qualificado' receber dados de comunicações privadas diretamente do provedor de serviço sem que esse provedor esteja sujeito às sanções do SCA, ressalvado o direito de o provedor questionar judicialmente a ordem.

Em sua última seção, o *CLOUD Act* elabora os requisitos para que o *Attorney-General* e o Secretário de Estado possam assinar o acordo executivo com um país estrangeiro. São os requisitos: (i) que o país estrangeiro assegure na lei e na sua implementação uma série de direitos materiais e procedimentais, tais como normas jurídicas equivalentes ao capítulos 1 e 2 da Convenção sobre o cibercrimes de Budapeste e determinados direitos fundamentais; (ii) que o país estrangeiro adote medidas para minimizar a aquisição, retenção e disseminação de informações pessoais; (iii) não criar obrigações de que os dados sejam decifrados pelos provedores; (iv) que o acordo preveja aspectos formais para evitar o recebimento de dados relativos a pessoas americanas, preveja garantias básicas de devido processo legal e, por fim, reciprocidade com os Estados Unidos.

Importante destacar que o CLOUD ACT também possibilita ao Poder Executivo Americano firmar com Estados estrangeiros acordos executivos que permitam às empresas sediadas nos Estados signatários o compartilhamento de dados de comunicações eletrônicas privadas diretamente às autoridades competentes do Estado, o que permitiria que cada país possa obter os dados de usuário armazenados em outro país, não importando as leis de privacidade do país de hospedagem, desde de que estas estejam de acordo com a Convenção de Budapeste.

A Convenção de Budapeste é, atualmente, o tratado internacional mais relevante sobre cibercrimes e provas eletrônicas, com a participação de 56 Estados-Membros e 14 Estados Observadores.

O Brasil, apesar de grande pressão, não é signatário da Convenção de Budapeste, em razão de sua tradição diplomática de não aderir acordos dos quais não participou das discussões. A Convenção foi elaborada pelo Conselho da Europa e, originalmente, reuniu a União Europeia, Estados Unidos da América, Canadá, Japão, Austrália e África do Sul. Atualmente, também integram a Convenção países latino-americanos, como Argentina, Paraguai, Chile, Costa Rica, Panamá e República Dominicana.

O Brasil, com a promulgação da Lei nº 13.709/2018, em 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira (LGPD), já modificada pela Medida Provisória nº 869/2018, que cria a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), está em consonância com a Convenção de Budapeste e, ainda que não seja signatário desta, preenche os requisitos necessários para celebração do acordo que pode substituir o atual tratado de Cooperação Jurídica Mútua (MLAT) com os Estados Unidos, com base no CLOUD ACT.

Dessa forma, parece ser de relevante interesse a assinatura de um acordo executivo entre o governo brasileiro e o governo norte-americano, com o objetivo de permitir às empresas sediadas nos Estados Unidos o cumprimento direto de ordens judiciais brasileiras, independentemente da observância do procedimento previsto no MLAT, que permanecerá suplementarmente em vigor. Com isso, o devido processo legal será observado, uma vez que haverá regras claras para o cumprimento das decisões judiciais que determinam a transferência de dados eletrônicos, o que garante a segurança jurídica constitucionalmente prevista.

4.8 Proceduralização e a Criação de uma Cooperação Transnacional

Como demonstrado, a atual realidade digital representa um desafio para os meios tradicionais de Cooperação Jurídica Internacional e revela a existência de

uma lacuna na regulamentação ou na governança da Internet que necessita ser preenchida.

Se, de um lado, deve-se preservar a natureza global da Internet, de outro, o combate aos ilícitos cometidos *online* e o estabelecimento de interoperabilidade processual e devido processo legal internacional exigem mecanismos inovadores de cooperação, os quais precisam conter as mesmas características transnacionais da Internet.

Como adiantado no presente trabalho, na ausência de arcabouços jurídicos apropriados, o número de pedidos enviados pelas autoridades de um país diretamente às empresas de tecnologia sediadas em outras jurisdições está crescendo vertiginosamente e mais especificamente em três hipóteses: (i) apreensão de domínios, isto é, a remoção de um domínio de um *website* que supostamente cometeu uma violação; (ii) remoção de conteúdo, ou seja, a remoção ou retenção de um item específico de conteúdo que representa uma infração apenas no Estado que emitiu a ordem; e (iii) acesso a dados de usuários – acesso a informações sobre usuários, na maioria das vezes relacionados com alguma investigação.

Infelizmente, faltam dados confiáveis demonstrando a magnitude dessa nova tendência. Os relatórios de transparência das maiores companhias da Internet incluem apenas análises pontuais do aumento desses tipos de pedidos, embora não apresentem informações suficientes para a harmonização de metodologias de comunicação. Hoje, poucas empresas – a maioria sediada nos EUA – divulgam esse tipo de relatório. Fato é que a situação está piorando.

Parece haver, porém, uma tendência para criar modalidades voluntárias de cooperação internacional entre atores públicos e privados. Ao mesmo tempo, as empresas estão em uma situação complicada e são obrigadas a fazer ponderações sobre questões sensíveis e de grande importância social que envolvem questões como liberdade de expressão, direitos humanos, economia, diplomacia internacional e segurança pública, usando processos e critérios que carecem de transparência e, principalmente, de devido processo legal.

As empresas frequentemente se encontram em situações difíceis, por exemplo, quando são obrigadas a cumprir decisões referentes a ordens que estão em conflito com a legislação de seu país de origem (como, por exemplo, a citada legislação norte americana). Além disso, a rejeição em cumprir pedidos judiciais, sem cooperação jurídica, cria tensões entre as empresas e os Estados e em casos extremos, como no Brasil, chegam a causar o bloqueio dos serviços de um aplicativo para todos os usuários do país²⁶⁷.

A falta de coordenação e a incapacidade do atual sistema internacional de oferecer mecanismos mais modernos de cooperação adequados produzem uma situação típica de “dilema do prisioneiro”²⁶⁸. Ou seja, quando todos os atores são obrigados a usar apenas as ferramentas às quais tenham acesso, acabam por tomar decisões a curto prazo que parecem servir aos interesses imediatos, embora, com o efeito cumulativo não seja mais eficaz e, provavelmente, o mais prejudicial para todos a longo prazo.

Nesse sentido, na falta de melhores e mais apropriados mecanismos de cooperação, a discussão se volta apenas para questões nacionais, ao invés de estender para um debate mais abrangente e colaborativo dos espaços transfronteiriços. Restringir os debates apenas para o âmbito interno e descoordenados entre o Estado e os atores privados pode ter consequências imprevisíveis, com fortes impactos negativos para a economia, direitos humanos, infraestrutura e segurança²⁶⁹.

Além disso, os atuais mecanismos de cooperação internacional, apesar de serem necessários e a única forma atual que existe de lidar com o problema posto, não oferecem soluções apropriadas ao tema.

²⁶⁷ Matéria será debatida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nas ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5527, ambas já liberadas para pauta de julgamento.

²⁶⁸ AXELROD, Robert. *A Evolução da Cooperação*. 1ª Edição. Ed. Leopoldo, 2010.

²⁶⁹ LA CHAPELLE, Bertrand de; FEHLINGER, Paul. *Jurisdiction on the Internet: From Legal Arms Race to Transnational Cooperation*. 2016, p 24

É esse o grande desafio atual do direito encontrar formas de regulação compatíveis com a sociedade informacional, que se articulam globalmente e, ao mesmo tempo, implementar harmonização jurídica nas matérias substantivas mais complexas²⁷⁰.

Há uma lacuna institucional no ecossistema de governança da Internet que deve ser preenchida para poder enfrentar esses novos desafios. Nesse cenário, nas palavras do Ex-secretário Geral da ONU, Kofi Annan, *“é necessário ser tão criativo quanto os criadores da Internet. Claramente, precisamos de governança, mas não necessariamente uma forma tradicional de governança para essa área tão diferente”*²⁷¹.

Por outro lado, os pedidos transnacionais para a transmissão extraterritorial de dados, como apreensão de domínios, remoção de conteúdo e acesso a dados privados de usuários, são problemas frequentes e exigem uma resposta urgente.

Assim, para preservar a natureza global da Internet e combater seus abusos, faz-se necessário desenvolver mecanismos inovadores de cooperação imbuídos com as mesmas características transnacionais, inclusivas e distribuídas da própria rede mundial de computadores.

Algumas estruturas internacionais de direitos humanos já servem como referência a nível global. Resoluções do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas de 2014 reafirmam sua aplicação tanto no universo *online* quanto *off-line*. No entanto, não se pode esperar uma rápida harmonização jurídica abordando questões mais detalhadas em relação ao uso da Internet, principalmente porque muitas legislações são frequentemente consideradas aspectos fortes de identidade nacional.

²⁷⁰ ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. *A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado. Regulação de redes sociais e proceduralização In Fake News e Regulação – Coleção Direito e Estado em Transformação*. Ed. Revista dos Tribunais, 2018. p 28

²⁷¹ Discurso do Secretário-Geral das Nações Unidas durante a sessão de abertura do Fórum Global de Governança da Internet, no dia 24 de março de 2004. www.un.org/sg/statements/index.asp?nid=837 - Acesso em 14 de janeiro de 2019.

Para Georges Abboud e Ricardo Campos, ao examinarem a proceduralização como elemento para funcionalizar o direito na complexidade contemporânea²⁷², é justamente na interligação da dimensão procedimental, direito estatal e complexidade social que um novo instituto do direito chamado “autorregulação regulada” apresenta-se como a forma mais evoluída da proceduralização. Essa forma de regulação foca essencialmente na cooperação entre o Estado regulador e os atores ou setores sociais a serem regulados. No atual contexto da sociedade essa seria uma importante maneira de regulação mais condizente com a nova complexidade social²⁷³.

A proceduralização, nas palavras de Georges Abboud, é “*teorização sofisticada e complexa*”²⁷⁴, mas sua análise ao presente trabalho é importante, a fim de examinar seu uso e assegurar à prestação jurisdicional mecanismos mais sofisticados e efetivos para o enfrentamento dos problemas mais complexos, como o sob análise.

A proceduralização constitui uma ferramenta contemporânea importante e permite que temas complexos que não podem ser resolvidos pela linguagem tradicional do direito, sejam enfrentados pela jurisdição constitucional. É um paradigma criado para enfrentar a complexidade contemporânea provocada pela globalização e pelas novas tecnologias²⁷⁵.

A partir da proceduralização, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar, por exemplo a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 51, que especificamente trata sobre o tema ora *in comento*, deixaria de dar soluções materiais e definitivas e “*passaria a dar respostas procedimentais flexíveis que se manteriam abertas aos influxos de novas informações e tecnologias*”²⁷⁶.

²⁷² ABOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 2. Ed. Rev. atual. e ampl., São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2018, p. 1241

²⁷³ ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. *A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado. Regulação de redes sociais e proceduralização In Fake News e Regulação – Coleção Direito e Estado em Transformação.* Ed. Revista dos Tribunais, 2018. p 28

²⁷⁴ ABOUD, Georges. *Op Cit.* p. 1242

²⁷⁵ ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. *A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado. Regulação de redes sociais e proceduralização In Fake News e Regulação – Coleção Direito e Estado em Transformação.* Ed. Revista dos Tribunais, 2018. p 28

²⁷⁶ ABOUD, Georges. *Op Cit.* p. 1256

Essa é a importância da proceduralização. Manter a jurisdição constitucional abertas às inovações de todas as ordens, para assegurar que temas complexos sofram tratamento normativo estruturante condizente com a realidade temporal em que se desenvolvem.

É justamente essa a ideia da Cooperação Transnacional. Diferentemente da Cooperação Jurídica Internacional tradicional, que ocorre apenas entre Estados, as interações transnacionais, ou cooperação transnacional, envolveria atores tanto públicos, quanto privados. Nesse novo modelo de cooperação, seria possível assumir diversos formatos e envolver vários canais de comunicação, sem procedimentos padronizados, mas com transparência necessária a garantir segurança jurídica aos envolvidos. Mais importante ainda, seria uma oportunidade de inserir os requisitos do devido processo legal como parte integral das estruturas operacionais, aprimorando as interações transnacionais e aumentando a segurança dos direitos dos próprios usuários.

Com o objetivo de aprimorar os mecanismos existentes de Cooperação Jurídica, após quatro anos de discussões internacionais entre partes multissetoriais interessadas no tema realizadas pela organização *Internet & Jurisdiction*²⁷⁷, foram identificadas possíveis estruturas para a Cooperação Transnacional.

Como ponto de partida, concluiu-se necessário estabelecer compromissos mútuos entre as diferentes partes interessadas, com clara distribuição de responsabilidades, normas específicas para a transmissão extraterritorial de dados, mecanismos e garantias processuais adequados e, por fim, critérios claros nos processos de tomadas de decisão judicial.

Foram identificados, ainda, elementos-chave do devido processo transnacional com o objetivo de melhorar os mecanismos existentes (como os MLATs) e identificar uma arquitetura potencial para novas estruturas de cooperação.

²⁷⁷ A *Internet & Jurisdiction Policy Network* é uma organização entre partes interessadas que estuda os problemas envolvendo a natureza transfronteiriça da Internet e as jurisdições nacionais.

Como novas formas de *soft law* transnacional, tais estruturas de governança operacional podem garantir a interoperabilidade processual e o devido processo legal no contexto de jurisdição na Internet. Podem, ainda, ajudar a reformar as modalidades existentes de Cooperação Internacional (por exemplo, o sistema de MLATs) ou preencher lacunas no sistema de governança da internet que exigem um novo conjunto de regras e padrões.

Uma combinação das ferramentas existentes, desde melhores práticas até obrigações normativas mais rígidas, pode ser usada para implementar e fiscalizar os novos modelos. Os entes públicos e privados podem escolher entre várias opções para operacionalizar as regras compartilhadas, podendo, por exemplo, incluir referências aos padrões regulatórios em seus processos administrativos ou incluir os novos formatos nos termos de serviço, garantindo a transparência necessária para todos os usuários. Os novos mecanismos de cooperação transnacional podem também ser institucionalmente adotadas em leis nacionais, endossados por organizações internacionais ou consagrados em novos tratados internacionais.

Uma das grandes vantagens da Cooperação Transnacional é estar baseada em um consenso e após intenso debate entre os vários grupos interessados, o que aumenta, conseqüentemente, a possibilidade de adoção e prática. Ademais, comparados aos tratados internacionais convencionais, esses novos “padrões regulatórios” podem ser aprimorados e adaptados com mais agilidade, ou seja, podem ser aprimorados para acompanhar a evolução da Internet.

É fato que a resolução dos problemas de governança na Internet exige um novo paradigma: de cooperação internacional apenas entre Estados para a cooperação transnacional envolvendo todas as partes interessadas; de tratados intergovernamentais puros para padrões regulatórios na Internet; e a criação de instituições intergovernamentais para redes governança baseadas em problemas específicos.

Longe de ser um repúdio ao sistema tradicional de Cooperação Jurídica Internacional, a Cooperação Transnacional deve ser interpretada como uma

extensão construtiva do sistema de forma mais ampliá-lo e modernizá-lo, uma forma de melhoria dos atuais mecanismos.

Da mesma maneira, a Cooperação Transnacional não deve ser tratada como uma forma de suprimir ou reduzir a relevância e a autoridade das atuais estruturas postas. Pelo contrário, os processos que envolvem múltiplas partes interessadas podem produzir novos modelos regulatórios que podem influenciar os atuais mecanismos de Cooperação Internacional de forma a modernizá-la.

É necessário aumentar os estudos e os debates para evitar as consequências negativas do formato atual e, ao mesmo tempo, preservar a natureza global da Internet, combatendo os abusos. Fato é que são necessários mecanismos inovadores de Cooperação com a mesma característica transnacional da Internet, além de redes regulatórias e processos contínuos de diálogo necessários para criá-las e aprimorá-las. Nesse contexto, não é exagero afirmar que a situação posta constitui um dos maiores desafios de governança global do Século XXI, e nenhum ator conseguirá resolvê-lo unilateralmente. É necessária cooperação entre todos.

CONCLUSÃO

A presente dissertação teve o escopo de contribuir para o estudo da Cooperação Jurídica Internacional, sua aplicação e modernização como uma solução ao conflito de jurisdições aparentemente existente nos casos envolvendo a transmissão extraterritorial de dados.

No *primeiro capítulo*, o trabalho partiu da análise da evolução da ordem social internacional contemporânea, examinando o fenômeno da globalização e sua relação com a modernidade, como explicada por Anthony Giddens, a ideia de mundo como ‘aldeia global’ apresentada por Mashal McLuhan, a evolução para sociedade informacional de Manuel Castells, passando pelo mundo codificado de Vilém Flusser até a atual sociedade *dataísta* de Yuval Harari, ou seja, uma sociedade calcada na geração e monetização de dados eletrônicos, que passam a necessitar de tutela jurisdicional e proteção do Estado.

No *segundo capítulo*, explanou-se sobre a ordem jurídica internacional contemporânea que, em razão do desenvolvimento da sociedade tecnológica, ou *dataísta*, desafia o direito e exige uma nova ordem constitucional, também em rede e cooperativo. As questões jurídicas não passam a ser mais matéria de um único Estado e as fronteiras geográficas não representam mais obstáculos à livre circulação de pessoas, bens e, principalmente, dos dados. A conexão entre direito e território sofre um forte abalo.

Por essa razão, examinou-se as relações entre Estado, território, soberania e a necessidade de diálogo entre os ordenamentos jurídicos, do transconstitucionalismo ao Estado Constitucional Cooperativo, inclusive na Constituição da República de 1988, demonstrando a importância dos mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional na atual ordem social.

No *terceiro capítulo*, o trabalho analisou os principais aspectos relativos a Cooperação Jurídica Internacional. Em observância ao artigo 4º da Constituição, que endossa princípios que regem as ações do Estado brasileiro no plano internacional, como independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação

dos povos, igualdade entre os Estados, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, demonstram a inserção do Brasil no modelo de Estado Constitucional Cooperativo.

Diante disso, fica claro que há uma crescente preocupação do Estado brasileiro com a Cooperação Jurídica Internacional. Tal é a relevância do tema atualmente para o Brasil que uma das primeiras medidas anunciadas pelo novo Governo Executivo foi a criação da Secretaria de Assuntos de Soberania Nacional e Cidadania, que tratará de temas como Cooperação Jurídica Internacional, política imigratória, soberania nacional, ilícitos transnacionais, entre outros.

Também nessa linha, o Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, é um marco ao reservar um inovador capítulo específico e significativo para tratar da Cooperação Jurídica Internacional, estabelecendo normas e princípios aos mecanismos e instrumentos cooperacionais de importante impacto sobre a temática no Brasil. O presente trabalho examina desde os princípios que norteiam a cooperação jurídica, o objeto até a análise detida dos instrumentos previstos pelo Código, como o auxílio direto, a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira.

Assim, demonstrou-se como o Código busca normatizar a matéria, dando prevalência aos tratados e convenções, bem como autorizando a espontaneidade de determinados atos de cooperação jurídica, dando maior atuação à Autoridade Nacional, regulamentando o auxílio direito como mecanismo preferencial e, assim, aproximando a jurisdição brasileira da justiça transnacional.

Em seguida, no *quinto capítulo*, tema central do trabalho, demonstrou-se o papel da Cooperação Jurídica Internacional no cumprimento das ordens judiciais envolvendo a transmissão extraterritorial de dados eletrônicos.

Apresentou-se dois grandes desafios: como preservar a natureza global da internet enquanto se respeitam os sistemas jurídicos nacionais e como combater abusos no ciberespaço sem enfraquecer as garantias fundamentais e os direitos humanos. Para tanto, demonstrou-se que para ambos os desafios exigem a

cooperação internacional baseada em procedimentos claros que garantam eficiência e o devido processo legal.

O trabalho analisou os diferentes tratamentos dados a matéria no panorama internacional, analisando diferentes decisões sobre o tema, sob diferentes critérios para a determinação da jurisdição. Concluiu-se que há pelo menos quatro fatores territoriais que determinam a jurisdição entre Estados para que os Tribunais possam resolver litígios envolvendo a Internet: a) a localização do usuário; b) a localização dos servidores que armazenam os dados; c) o local onde a empresa que fornece os serviços for constituída (sede); e d) a localização dos atores que realizam os registros de nomes de domínio (por exemplo: .com; .org; net, entre outros).

Desses critérios, foram proferidas decisões judiciais por diferentes Tribunais ao redor do mundo. Conforme demonstrado, os Tribunais têm adotado mais corriqueiramente os critérios de 1 a 3 para determinar a jurisdição aplicável em casos concretos. Para se chegar a essa conclusão, foram examinados casos paradigmáticos nos quais foram adotados tais critérios.

Com relação a localização do usuário, estudou-se o Caso *Zippo*, no qual foi assentado pelo Tribunal estadunidense o “teste Zippo”, ou doutrina da interatividade, para determinar se determinada Corte possui ou não jurisdição. Apesar de claro e funcional à época, é hoje considerado um método ultrapassado, em razão da complexidade das relações travadas na Internet, bem como o crescimento das interações entre provedores, usuários e tribunais de diferentes jurisdições.

Ainda com base na localização do usuário, examinou-se o caso *Calder* decidido pela Suprema Corte Norte-Americana, no qual ficou conhecida a “doutrina dos efeitos”. Nesse caso, o mais importante para decidir a jurisdição seriam os efeitos intencionalmente provocados pelo réu.

A localização dos servidores (ou a localização dos dados) foi o critério examinado no caso *United States vs. Microsoft Inc.* que também tramitou na Suprema Corte dos EUA. Em razão da importância desse caso, o trabalho analisou os principais argumentos relacionados a determinação da jurisdição apresentadas

pelas partes. Antes, porém, de solucionada a questão juridicamente, o Congresso dos EUA inseriu no ordenamento jurídico o *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* ou *CLOUD Act*, sancionado pelo Presidente Trump em março de 2018.

Diante da inovação legislativa trazida pelo *CLOUD Act*, que regula como os agentes públicos podem acessar dados armazenados no exterior, as normas constantes foram examinadas, bem como a possibilidade de assinatura de um acordo executivo entre o governo brasileiro e o norte-americano.

Também foram analisadas decisões baseadas no local da sede da empresa que fornece os serviços. Nesse caso, um dos processos examinados foi o interessando caso *LICRA*, envolvendo a ‘Liga contra o Racismo e Antissemitismo Francesa’ e a empresa *Yahoo!*, no qual a Corte Superior de Paris reconheceu sua jurisdição e afastou a localização da sede da empresa como critério definidor. A *Yahoo!* ingressou com ação para revisar a condenação francesa na Corte Distrital da Califórnia, local da sede da empresa, que acabou por reconhecer sua jurisdição para julgar a matéria, mas não em razão do local da sede, mas sim da *doutrina dos efeitos*. Um caso clássico de conflito de leis gerado pela Internet.

Foram examinados ainda decisões que reconheceram a localização da sede da empresa como determinante para a jurisdição aplicável. Na demanda *Oliver Martinez e Robert Martinez vs. MGN Limited*, o Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que a ação pode ser ajuizada tanto no local onde ocorreu o dano, quanto na sede do estabelecimento que disponibilizou o conteúdo.

Outro precedente estrangeiro interessante sobre jurisdição na internet examinado foi julgado pela Corte Superior da Austrália, o caso *Dow Jones & Company Inc. vs. Gutnick*, no qual restou reconhecido que qualquer local onde uma publicação for lida na Internet terá jurisdição para apreciar a demanda. Referido julgado gerou – e ainda gera – muita repercussão e controvérsia, em razão da insegurança jurídica causada.

Em seguida, observou-se que no contexto brasileiro não é diferente. Foram identificadas diversas decisões que deixaram que aplicar os procedimentos de

cooperação jurídica internacional. A mais relevante entre elas foi proferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no Inq. nº 784/DF, de relatoria da Ministra Laurita Vaz. Nesse caso, o STJ acabou por obrigar a empresa, sediada nos Estados Unidos da América, a entregar dados armazenados fora do território nacional, sob um único argumento, o de afronta a soberania nacional.

Para se demonstrar o desacerto da decisão do STJ, estabeleceu-se algumas diretrizes sobre o funcionamento do setor da tecnologia da informação, o conceito jurídico de dados, sua proteção legal e a diferenciação entre dados e metadados, importante para exame das legislações do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira – LGPD.

No intuito de apresentar soluções ao problema posto, o trabalho examinou o Tratado de Assistência Mútua entre Brasil e os Estados Unidos da América, o *Mutual Legal Assistance Treaty* – MLAT, e o *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* - CLOUD Act, cuja assinatura de um acordo executivo parece ser de relevante interesse ao governo brasileiro para garantir a segurança jurídica e o devido processo legal nos casos envolvendo a transmissão extraterritorial de dados eletrônicos.

Por fim, o trabalho examinou, ainda que brevemente, a proceduralização como elemento para funcionalizar o direito na complexidade contemporânea e assegurar à prestação jurisdicional mecanismos mais sofisticados e efetivos para o enfrentamento de problemas complexos. Nesse contexto, a ideia da Cooperação Transnacional que, diferente da cooperação jurídica internacional tradicional, envolvendo apenas os Estados, envolveria atores tanto públicos, quanto privados em constante debate, sem procedimentos padronizados, mas com a transparência necessária a garantir segurança jurídica a todos os envolvidos.

Longe de ser um repúdio ao sistema tradicional de Cooperação Jurídica Internacional, a Cooperação Transnacional seria uma extensão construtiva do sistema de forma mais ampliá-lo e modernizá-lo.

Por tudo isso, restou demonstrada a necessidade de aumentar os estudos e os debates para evitar as consequências negativas do formato atual e, ao mesmo tempo, preservar a natureza global da Internet, combatendo os abusos. São necessários mecanismos inovadores de Cooperação com a mesma característica transnacional da Internet.

Nesse contexto, não é exagero afirmar que a situação posta constitui um dos maiores desafios de governança global do Século XXI. Nesse contexto, o artigo de La Chapelle e Fehlinger intitulado *Jurisdiction on the Internet: From Legal Arms Race to Transnational Cooperation*, é certo:

Abordar questões relacionadas à “governança da Internet” requer uma mudança de paradigma: da cooperação internacional apenas entre os estados, para a cooperação transnacional entre todas as partes interessadas. Longe de rejeitar a cooperação internacional tradicional, necessária uma extensão construtiva àquela - uma maneira de olhar as práticas atuais sob uma nova luz [...] A comunidade global precisa intensificar seus esforços para evitar as consequências negativas de um corrida armamentista legal [*legal arms race*], a fim de se preservar a natureza global da Internet e abordar adequadamente seus usos indevidos. Precisamos de mecanismos de cooperação jurídica internacional inovadores que sejam tão transnacionais quanto a própria Internet [...].²⁷⁸

²⁷⁸ LA CHAPELLE, Bertrand de; FEHLINGER, Paul. *Jurisdiction on the Internet: From Legal Arms Race to Transnational Cooperation*. 2016, p 24

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

ABADE, Denise Neves. Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional. São Paulo, Ed. Saraiva, 2013

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do direito proceduralizado. Regulação de redes sociais e proceduralização, in Fake News e Regulação – Coleção Direito e Estado em Transformação. Ed. Revista dos Tribunais, 2018

ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 2. Ed. Rev, atual. e ampl., São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2018

ALVIM, Teresa Arruda. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres. Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo. 1ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015

ARAUJO, Nadia de. A Conferencia da Haia de direito internacional privado: reaproximação do Brasil e análise das convenções processuais, in Revista de Arbitragem em Mediação RArb, Ano 9, n. 35, Out-Dez 2012, Ed. Revista dos Tribunais

ARAUJO, Nadia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional. In: Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal. (Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). 3. Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014

ARAUJO, Nadia de. Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça - Comentários à Res. n. 9/2005, Rio de Janeiro, Renovar, 2010

ATHENIENSE, Alexandre. Internet e o Direito, Editora Inédita, 2000

AXELROD, Robert. A Evolução da Cooperação. 1ª Edição. Ed. Leopoldo, 2010

AYRES BRITTO, Carlos. Teoria da Constituição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003

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

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 11. ed. Brasília: UNB, 1998. V. 1

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. 3ª Edição. Editora Saraiva, , São Paulo, 2017

CANEPARO. Priscila. A importância do Estado Constitucional Cooperativo – delimitações a partir da Cooperação, Direito Constitucional e Direito Internacional. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, SP, v. 15, n. 6, set./dez. 2016

CANOTILHO, JJ. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª ed. Coimbra

CASTELLS, Manoel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede. Vol. I. 19 Edição. Ed. Paz e Terra, 2016

CASTELLS, Manuel. A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro, Zahar Ed., 2003

CAVALCANTI, Natália Peppi. A Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil na Era do Big Data. Tecnologia Jurídica & Direito Digital. Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2018

CAVALCANTI, Natália Peppi. Comentários sobre Sociologia e Direito na Sociedade Informacional. Tecnologia Jurídica & Direito Digital. Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2017

CERVINI, Raúl e TAVARES, Juarez. Princípios da Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul. São Paulo: RT, 2000

COOTER, Robert D. Three effects of social norms on law: expression. Deterrence and internalization. Or L. Rev. v. 79, Berkley Law. 2000

DASKAL, Jennifer. Law Enforcement Access to Data Across Borders: The Evolving Security and Rights Issues. Journal of National Security Law & Policy, Vol. 8, 2016

DASKAL, Jennifer. The UnTerritoriality of Data, 125 YALE L. J. 326, 365 (2015). Cf. The Appollon, 22 U.S

DENARDIS, Laura. The Global War for Internet Governance. Yale University Press, 2014

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

DONEDA, Danilo. Princípios e proteção de dados pessoais. In Direito & Internet III: Marco Civil de Internet – Tomo I (Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho e Cíntia Rosa Pereira de Lima coordenadores). Quartier Latin, 2015

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 40ª Ed. Saraiva, 2015

FLUSSER, Vilém. O mundo codificado: por uma filosofia do design e da comunicação. São Paulo: Cosac Naif, 2007

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. Runaway World, How Globalisation is Reshaping our Lives. Cambridge: Polity, Profile Books Ltd. 2002

GOLDSMITH, Jack; Wu, Tim. Who controls the internet? Ilusions of a borderless world. Oxford University Press, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. 2 ed. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

HARARI, Yuval Noach. Homo Deus: Uma breve história do amanhã. Título original: Homo Deus: A Brief History of Tomorrow. Companhia das Letras, 2018

HARBELE, Peter. El estado constitucional, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003

HARBELE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Renovar: Rio de Janeiro. 2007
HEIN, Jan Von. Conflict Of Laws In A Globalized World, Cambridge: Cambridge University Press, 2007

HIDALGO, César. Why Information Grows: The Evolution of Order, From Atoms to Economies (Nova York: Basic Books, 2015. Kelly. Kevin, What Technology Wants (Nova York: Viking Press, 2010)

HUCK, Hermes Marcelo. Sentença estrangeira e “lex mercatoria”: horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva. 1994

IANNI, Octávio. A sociedade global 12ª. Ed. Civilização Brasileira, 2005

KERR, Orin. The legislative history of the SCA, and the relationship of the SCA to the Fourth Amendment, is described in Orin Kerr, A User’s Guide to the Stored Communications Act, and a Legislator’s Guide to Amending It, 72 GEO. WASH. L. REV. 1208 (2004)

KLEEBANK, Susan, Cooperação Judiciária por via diplomática, Brasília, Instituto Rio Branco, 2004

KUNEER, Christopher. Transborder Data Flows and Data Privacy Law. OUP Oxford, 2013

LA CHAPELLE, Bertrand de; FEHLINGER, Paul. Jurisdiction on the Internet: From Legal Arms Race to Transnational Cooperation. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2uh34Li>

LEMONS, Ronaldo. LEITE, George. Marco Civil da Internet. Ed. Atlas. São Paulo, 2014

LESSIG, Lawrence. Code and Other Laws of Cyberspace. Version 2.0, Basic Books: 2nd Revised ed., 2006

LOULA, Maria Rosa, Auxílio Direto - Novo Instrumento Brasileiro de Cooperação Jurídica Internacional, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010

LOUREIRO, João Carlos. Constituição e risco(s): entre medo(s) e esperança(s) in Direito, Inovação e Tecnologia. V. 1. Edf. Saraiva, 2015

MADRUGA FILHO, Antenor P. “O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional”, in MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando. (Org.). LAVAGEM DE DINHEIRO E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. 1ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito Constitucional. 2ªEd. V.II, Belo Horizonte, Mandamentos, 2002

MARSHALL, Herbert. A revolução na comunicação. 2.Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1971

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006

McLEAN, David, International Cooperation in civil and Criminal Matters, Oxford, Oxford University Press, 2002

MELLO, Celso D. Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1

MENDES, Gilmar Ferreira. GONET Branco. Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 13ª Ed. Saraiva. 2017

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP
MILLS, Alex. Rethinking Jurisdiction in International Law. In: The British Yearbook of International Law, Vol. 84, n.1, 2014

NAKASHIMA, Ellen; PETERSON Andrea. The British Want to Come to America – With Wiretap Orders and Search Warrants, WASH. POST (Feb. 4, 2018), https://www.washingtonpost.com/world/national-security/the-british-want-to-come-to-america-with-wiretap-orders-and-search-warrants/2016/02/04/b351ce9e-ca86-11e5-a7b2-5a2f824b02c9_story.html; Daskal, A New UK-US Data Sharing Agreement

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria De Andrade. Código de Processo Civil comentado. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Soberania e Pós-Modernidade. In O Brasil e os novos desafios do direito internacional. Rio de Janeiro. Forense. 2004

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 6ª Ed. Re., atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2016

POLIDO, Fabrício Betini Pasquot. Direito Internacional privado nas fronteiras do trabalho e tecnologias. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2018

RAMOS, André de Carvalho. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, p. 621-647, jan./dez. 2013

REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. 5ª Ed. 2000

RIBEIRO, John, Microsoft says tech companies 'whipsawed' by conflicting laws on global data transfer, IDG NEWS SERV. (Feb. 5, 2018), <http://www.pcworld.com/article/3036977/tech-events-dupe/microsoft-says-tech-companies-whipsawed-by-conflicting-laws-on-global-data-transfer.html>.

SCHULTZ, Thomas. Carving up the Internet: jurisdiction, legal orders and the private/public international law interface. In. European Journal of International Law. Vol. 19, nº 4, 2008

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da, Cooperação Jurídica Internacional in O Direito Internacional Contemporâneo, org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2006

SIQUEIRA, Marcelo Gustavo Silva. A jurisdição e a cooperação internacional no projeto de lei do novo Código de Processo Civil (conforme aprovado no Senado). In Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VIII. Jan-Jun. 2014

SVANTESSON, Dan Jerker B. Private international law and the Internet. Alphen: Kluwer Law International, 3. Ed, 2016

SWIRE, Peter; HEMMINGS, Justin. Mutual Legal Assistance in an Era of Globalized Communications: The Analogy to the Visa Waiver Program, GEORGIA TECH SCHELLER COLL. OF BUS. Research Paper, 2016

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/2004. Curitiba: Juruá, 2008

TESHEINER, José Maria. Jurisdição territorial nos Estados Unidos da América do Norte e competência internacional e de foro no Brasil. In Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIII. Jan-jun 2014

TEUBNER, Gunther. Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State. In: DOBNER, Petra. LOUGHLIN, Martin. (Org.). The Twilight of Constitutionalism? Oxford: Oxford University Press, 2010

TEUBNER, Gunther. Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização. Série IDP, São Paulo: Saraiva, 2016

TOFFOLI, José Antonio Dias. Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil in Brasil: Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos. Brasília. Secretaria Nacional de Justiça/Ministério da Justiça, 2008

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo*. Vol 1. 16^a Ed. Editora Revista dos Tribunais. 2016

WAI, Robert Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization. In: Harvard International Law Journal Vol 46, 2005

WOODS, Andrew Keane. Against Data Exceptionalism, 68 STAN. L. REV. 729 (2016), Zachary Clopton, Territoriality, Technology, and National Security, 83 U. CHI. L. REV. 45 (2016)