

DIREITO  
V.9 • N.1 • 2022 - Fluxo Contínuo

ISSN Digital: 2316-381X  
ISSN Impresso: 2316-3321  
DOI: 10.17564/2316-381X.2022v9n1p110-123



# A RESOLUÇÃO DE CASOS DIFÍCEIS A PARTIR DO PENSAMENTO DE NEIL MACCORMICK: A NECESSIDADE DA ANÁLISE DE PRECEDENTES DAS SUPREMAS CORTES DE NAÇÕES DEMOCRÁTICAS

RESOLVING HARD CASES BASED ON NEIL MACCORMICK'S THOUGHTS: THE NEED FOR AN ANALYSIS OF PRECEDENTS FROM THE SUPREME COURTS OF DEMOCRATIC NATIONS

LA RESOLUCIÓN DE CASOS DIFÍCILES DESDE EL PENSAMIENTO DE NEIL MACCORMICK: LA NECESIDAD DEL ANÁLISIS DE LOS PRECEDENTES DE LAS CORTES SUPREMAS DE NACIONES DEMOCRÁTICAS

Daniel Tempski Ferreira da Costa<sup>1</sup>  
Luísa Walter da Rosa<sup>2</sup>

## RESUMO

O intuito deste artigo é pesquisar a possibilidade de se aplicar os ideais de Neil MacCormick na resolução de casos difíceis de repercussão mundial, à luz da análise de precedentes das Supremas Cortes Democráticas. A importância do tema se dá pela necessidade de se fortalecer a interpretação e aplicação do Direito em face da Teoria Geral do Direito, bem como instituir uma verdadeira cultura dos precedentes, em especial em casos difíceis, garantindo-se assim a segurança jurídica. Para tanto, a partir do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, análise jurisprudencial e legislativa, num primeiro momento foi feito um diagnóstico tanto sobre os fundamentos da teoria de Neil MacCormick, quanto da utilização dos seus ensinamentos pelos Tribunais brasileiros. Em seguida, verificou-se a necessidade de se utilizar os seus conceitos para a aplicação e interpretação do Direito em casos difíceis julgados por nações diversas, com enfoque nos critérios da coerência e da universalidade. Após, partiu-se para uma proposta de necessidade de motivação judicial das decisões relacionada a conclusões de outras Cortes de países democráticos em casos idênticos. Por fim, como exemplo concreto, escolheu-se a discussão mundial a respeito da interceptação telemática de comunicações digitais dotadas de criptografia ponta a ponta, que, caso analisada sob o pensamento de MacCormick e respeitando precedentes, poderá servir como fonte de maior segurança jurídica, efetividade e imparcialidade nas decisões judiciais.

## PALAVRAS-CHAVE

Criptografia. Interceptação telemática. Neil MacCormick. Precedentes. Casos difíceis.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to investigate the possibility of applying Neil MacCormick's ideals in the resolution of difficult cases with worldwide repercussion, in light of the analysis of precedents of the Democratic Supreme Courts. The importance of the theme is given by the need to strengthen the interpretation and application of Law in the face of the General Theory of Law, as well as to establish a true culture of precedents, especially in difficult cases, thus guaranteeing legal certainty. For that, from the deductive method, with bibliographical research, jurisprudential and legislative analysis, at first a diagnosis was made both on the foundations of Neil MacCormick's theory, and on the use of his teachings by the Brazilian Courts. Then, there was a need to use its concepts for the application and interpretation of Law in difficult cases judged by different nations, focusing on the criteria of coherence and universality. Afterwards, a proposal was made on the need for judicial motivation of decisions related to the conclusions of other Courts in democratic countries in similar cases. Finally, as a concrete example, the global discussion on the telematic interception of digital communications endowed with end-to-end encryption was chosen, which, if analyzed under the thought of MacCormick and respecting precedents, could serve as a source of greater legal certainty, effectiveness and impartiality in judicial decisions.

## KEYWORDS

Cryptography. Telematic interception. Neil MacCormick. Precedents. Hard cases.

## RESUMEN

El propósito de este artículo es investigar la posibilidad de aplicar los ideales de Neil MacCormick en la resolución de casos difíciles de repercusión mundial, a la luz del análisis de precedentes de las Cortes Supremas Democráticas. La importancia del tema está dada por la necesidad de fortalecer la interpretación y aplicación del Derecho frente a la Teoría General del Derecho, así como instituir una verdadera cultura de la jurisprudencia, especialmente en los casos difíciles, asegurando así la seguridad jurídica. Por lo tanto, a partir del método deductivo, con investigación bibliográfica, análisis jurisprudencial y legislativo, en un primer momento se realizó un diagnóstico tanto sobre los fundamentos de la teoría de Neil MacCormick, como sobre el uso de sus enseñanzas por los Tribunales brasileños. Luego, se verificó la necesidad de utilizar sus conceptos para la aplicación e interpretación del Derecho en casos difíciles juzgados por diferentes naciones, centrándose en los criterios de coherencia y universalidad. Posteriormente, se partió de una propuesta de la necesidad de motivación judicial de las decisiones relacionadas con conclusiones de otros Tribunales de países democráticos

en casos idénticos. Finalmente, como ejemplo concreto, se escogió la discusión mundial en torno a la interceptación telemática de comunicaciones digitales dotadas de encriptación de extremo a extremo, que, si se analiza bajo el pensamiento de MacCormick y respetando los precedentes, podría servir como fuente de mayor seguridad jurídica, efectividad e imparcialidad en las decisiones judiciales.

## PALABRAS CLAVE

Cifrado. Interceptación Telemática. Neil MacCormick. Precedentes Casos difíciles.

## 1 INTRODUÇÃO

É inegável que existem temas pendentes de decisão judicial que possuem impacto global, ainda mais numa sociedade em que, devido ao avanço tecnológico, as fronteiras entre os países se tornam cada vez mais tênues. Também é certo que cada país possui suas fundações e tradições jurídicas. Contudo, muitos dos fundamentos de base do Direito são os mesmos em todos os países, em especial quando se estuda a Teoria Geral do Direito.

Ao se pensar sobre a interpretação da norma jurídica e a aplicação do Direito no caso concreto, deve-se se considerar a motivação das decisões judiciais e uma necessidade cada vez mais constante de se respeitarem os precedentes para que exista um sistema com maior segurança jurídica; principalmente quando se fala em decisões a respeito dos chamados *hard cases* – casos difíceis. Casos fáceis seriam aqueles em que a interpretação das normas não causou divergências na comunidade jurídica, enquanto nos casos difíceis uma temática é problematizada por uma das partes e o julgado não a resolve sumariamente (MACCORMICK, 2008).

Há uma ampla discussão sobre como se resolveriam casos difíceis. Muitos autores afirmavam que tais decisões se pautavam em ampla discricionariedade, até que Neil MacCormick defendeu a necessidade de preenchimento de uma série de requisitos para que a decisão fosse considerada suficientemente motivada, limitando essa discricionariedade (BETTI; ROESLER, 2017, p. 135).

Dentro desse contexto, o presente artigo pretende analisar a possibilidade de se buscarem soluções de casos difíceis (*hard cases*) a partir da análise de precedentes das Supremas Cortes de Nações Democráticas em face da doutrina de Neil MacCormick. Para tanto, a pesquisa se inicia com a verificação do uso do pensamento de MacCormick como fundamento nas decisões proferidas pelas Cortes brasileiras, em especial as Cortes Superiores.

Em seguida, aborda-se a necessidade de se utilizarem os critérios de coerência e universalidade do doutrinador na interpretação e aplicação do direito nos casos difíceis. No terceiro tópico, adentra-se na perspectiva de julgamento dos casos difíceis por Cortes de outras Nações democráticas, a partir da análise de precedentes em casos idénticos e de repercussão global à luz da segurança jurídica, motivação das decisões judiciais e respeito à universalidade da argumentação jurídica.

Para uma maior concretude ao estudo do tema foi abordado um exemplo prático que ainda carece de decisão, mas que já é debatido por muitos países por todo o mundo e que, quando decidido, por atingir bilhões de usuários, terá repercussão global: a interceptação telemática de comunicações digitais dotadas de criptografia ponta a ponta.

## 2 DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS E A INFLUÊNCIA DE NEIL MACCORMICK

Neste tópico busca-se demonstrar que as ideias da argumentação jurídica de MacCormick, nos casos difíceis submetidos a julgamento nas Cortes Superiores brasileiras, são notórias em alguns julgamentos. A intenção desta pesquisa foi investigar o conhecimento de tal doutrinador no âmbito jurisdicional nos Tribunais Superiores, como premissa da possibilidade de aplicação de seus ideais como norte na argumentação jurídica e aplicação do direito nos casos concretos perante nossa realidade constitucional.

Adiante, propõe-se a maneira, e sobre quais termos, a doutrina de MacCormick é aplicada na solução dos casos julgados. A título exemplificativo, seguem trechos de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, dos quais se perquire dois pontos importantes ao presente artigo: a interpretação em casos difíceis de soluções múltiplas, todas constitucionalmente adequadas, respeitada a tripartição de Poderes e, ao mesmo tempo, a influência dos precedentes na condução dos casos em julgamento e a delimitação espacial da jurisdição no território nacional e sob nossa ordem constitucional.

Na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 378/DF, o Min. Relator Edson Fachin, ao interpretar a aplicação de regramento constitucional em face do regimento interno da Câmara dos Deputados, quanto à formação da comissão que julgou o *impeachment* da Presidenta Dilma Roussef ser por votação aberta ou fechada, utilizou lições de MacCormick quanto ao conceito de “desacordo razoável”, harmonizando-se o silêncio eloquente da Carta Magna, com a regra da tripartição de Poderes, em movimento de autocontenção.

O Ministro concluiu que não compete ao Poder Judiciário intervir em atos administrativos do Parlamento, quando as soluções são múltiplas e constitucionalmente adequadas<sup>3</sup>. Já a Ministra Rosa Weber, no HC 152.752/PR, julgado em 4 de abril de 2018, tratou em seu voto acerca da possibilidade de aplicação ou não da execução provisória da prisão-pena após decisão de segunda instância, e valeu-se dos ensinamentos de MacCormick sobre a força normativa dos precedentes judiciais a fim de se evitar variação inconsistente, frívola, das decisões judiciais, em destaque dos tribunais, diante do princípio da colegialidade.

---

3 De qualquer modo, aqui se está diante do que o jurista escocês Neil MacCormick (2008, p. 339) chama de “[...] desacordo razoável”. E: “Na prática, o único modo genérico de lidar com tais desacordos é alguma hierarquia de julgamentos de autoridade, combinada com algum sistema de voto de maioria em tribunais colegiados, sejam tais decisões colegiadas tomadas em público ou apenas de modo fechado. Um procedimento decisório razoável é a única solução apropriada para desacordos interpessoais (MACCORMICK, 2008, p. 339). Portanto, não compete ao Poder Judiciário sindicat atos administrativos do Parlamento, quando as soluções são múltiplas e constitucionalmente adequadas. Volta-se aqui à noção de autocontenção do Estado-Juiz perante o Parlamento, em homenagem à tripartição dos poderes. (BRASIL, 2015, p. 77-78).

Importante salientar da citação de MacCormick a ideia, porém, da delimitação dos julgamentos à jurisdição nacional, com a qual se concorda, mas que merece o estudo ora proposto de um plus em razão da tendência inerente a julgamentos de casos de repercussão global, quanto à integração de entendimentos de casos com fatos únicos que desencadeiam conflitos semelhantes por jurisdições distintas<sup>4</sup>.

No Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, principalmente em decisões criminais e outras que se debatem direitos fundamentais, utilizou-se de lições de MacCormick quanto à: a) discricionariedade guiada ou vinculada; b) ambiguidade ou obscuridade da norma e sua aplicação; e c) interpretação consequencialista ao equilibrar normas fundamentais e implicações práticas do caso<sup>5</sup>.

Como conclusão primeira, ainda que limitados a alguns poucos Ministros, muitos dos casos citados foram julgados por órgão colegiado, ou, são utilizados os precedentes para embasamentos de casos similares, denotando-se o ideal do art. 926 do Código de Processo Civil, quanto à força dos precedentes no direito brasileiro, lembrando-se a aplicação subsidiária possível ao direito processual penal (art. 3º do Código de Processo Penal). Diante disso, a doutrina de MacCormick, apesar de não ser a única utilizada<sup>6</sup>, é base interpretativa inarredável e sedimentada, logo, apta a resolver o problema delineado neste estudo, como adiante explicitado.

### 3 A COERÊNCIA E A UNIVERSALIDADE DE MACCORMICK COMO CRITÉRIOS NECESSÁRIOS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO EM HARD CASES JULGADOS POR NAÇÕES DIVERSAS

A importância do estudo do pós-positivismo é evidente. Como bem sintetiza a doutrina, é um processo evolutivo desde o século XIX, devendo o intérprete da lei exercer, no quanto possível for, uma leitura sistemática, plena, de acordo com os princípios constitucionais democráticos de um Estado de Direito, sem olvidar da repercussão prática do processo hermenêutico. Daí a relevância dos precedentes jurisprudenciais, inclusive de repercussão internacional de decisões proferidas por Cortes de outros países sobre fatos de extensão globalizada, o que se defende neste artigo científico.

O jurista Carlos Cossio, em sua teoria egológica do Direito, enfatiza o papel fundamental dos precedentes judiciais para a construção da melhor interpretação, principalmente para que outros se coloquem, objetivamente, sobre o ponto de vista do julgado pretérito, expondo as matéris de fato e

4 Nessa linha argumentativa, afirma Frederick Schauer: “[...] espera-se que um tribunal resolva as questões da mesma maneira que ele decidiu no passado, ainda que os membros do tribunal tenham sido alterados, ou se os membros dos tribunais tenham mudado de opinião”. Em resumo, compartilho da visão de que os juízes, individualmente considerados, de uma Corte Constitucional estão a serviço de um propósito institucional. (BRASIL, 2018, p. 196, 198).

5 “Cumprе salientar que convém não confundir o conceito de discricionariedade com o conceito de arbitrariedade. (MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an Essay in Legal Theory*. New York and Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 28)” (BRASIL, 2021).

6 Como exemplos da Suprema Corte, ao se valerem de diversas lições de Dworkin: a) RHC 131544, rel. Min. DIAS TOFFOLI, quanto a motivações judiciais e o limite de atuação do intérprete; b) Rcl 28747 AgR, rel. Min. LUIZ FUX, ao aduzir que cabe ao Poder Judiciário garantir a liberdade de expressão, mesmo que minoritária; c) ADI 5037, rel. Min. MARCO AURÉLIO, quanto ao dever de tratar todos os membros da comunidade com idêntico respeito, pois “[...] nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade”.

de direito que se adequem, ou não, a um novo julgamento; assim, desloca-se de uma visão puramente positivista e demonstra a força de uma interpretação coerente e efetiva por ser a mais ampla possível diante de discussões de diversos pontos de vista<sup>7</sup>.

Na teoria institucional do Direito de MacCormick (2006, p. 197), quanto à interpretação e aplicação do direito nos casos difíceis, ou seja, não solucionáveis pela mera regra da dedução, ao lado da consistência e consequência, o autor elenca a coerência normativa, esta tratada pelo autor como “as inúmeras normas de um sistema jurídico devem fazer sentido quando consideradas em conjunto”, e da universalidade cogente às decisões judiciais, estas últimas em evidência para embasar a hipótese que ora se pretende comprovar<sup>8</sup>.

E, ainda que haja essa diferenciação entre coerência normativa e narrativa, pois a primeira se relaciona ao contexto de um sistema jurídico concebido como uma ordem normativa, e a segunda trata de questões fáticas (BETTI; ROESLER, 2017, p. 144), para MacCormick, ambas exigem que os fatos façam sentido quando considerados em conjunto, na análise de decisões judiciais, esses dois aspectos caminham juntos, pois se a

[...] coerência narrativa tem um caráter diacrônico (fatos narrados no tempo) e a coerência normativa caracteriza-se por ser sincrônica (um olhar sobre a norma vigente naquele momento), ambas devem refletir um ideal de sistematicidade que a ordem jurídica, se não revela, deve pelo menos perseguir. (MARTINS; ROESLER; JESUS, 2011, p. 216).

Já a universalidade denota a relevância dos precedentes judiciais em sua teoria no intuito de aprimoramento das decisões judiciais, e, segue o sentido da universalização dos argumentos para inúmeros casos futuros, dada a similitude da matéria fática anterior, sem prejuízo de verificação da regra de coerência no futuro. Isso evidencia o importante instrumento da modificação interpretativa diante de novos alcances sociais atingidos numa sociedade, diante dos preceitos interpretativos delimitados pela Constituição Federal de cada país, como um norte relevante de segurança jurídica aos jurisdicionados, trazendo regras de conduta às pessoas físicas e jurídicas, uma segurança jurí-

7 Los cambios de jurisprudencia confirman de modo especialmente elocuente la tesis egológica de que no se interpreta la ley, que en el caso subsiste la misma, sino que lo que se interpreta es la conducta humana mediante la ley. Si interpretar es un modo de conocer, lo que evidentemente queda conocido en su verdadero sentido es la conducta mentada por la norma, que antes era aquella conducta y ahora es otra. Y en la medida en que el juez ha logrado conceptualizar bien la circunstancia arcontica del caso que determina el cambio de jurisprudencia, permite que objetivamente otros se coloquen en su punto de vista y aprecien por su cuenta si hay o no en ello fuerza de convicción. [...]. La diversidad tiene un limite, pero no por eso es menos efectiva. (COSSIO, 2007, p. 231-232).

8 Em síntese: “MacCormick oferece um caminho pelo qual o magistrado possa optar, entre várias soluções possíveis, por uma que faça sentido tanto para o jurisdicionado quanto para o sistema jurídico. A universalidade tem a ver com a possibilidade de um mesmo argumento ser aplicado a situações idênticas. Seu fundamento é a imparcialidade (generalidade). A consistência relaciona-se com o fato de que não deve haver contradição lógica entre as conclusões e outras normas válidas (não contradição). A coerência significa que a solução deve estar em harmonia com o sistema jurídico (regras, princípios e valores). Divide-se em coerência normativa e coerência narrativa. Enfim, a argumentação jurídica se mostra eficaz na medida em que permite ao julgador decidir, nos casos difíceis, com base nos critérios de universalidade, consistência, coerência e consequência. Desta forma, não há espaço para a discricionariedade judicial na teoria de Neil MacCormick” (SILVA, 2017, p. 8-9).

dica fortalecedora do Estado Democrático de Direito e da imagem do Poder Judiciário (PUGLIESE, 2016, p. 100 e 175-176).

Em síntese, pode-se pensar a universalidade como o princípio de que casos iguais devem ser julgados de forma igual, universal, aplicável a todos os casos com as mesmas características, e em todas as instâncias em que essa justificativa seja aplicável, o que está ligado à ideia de se realizar a Justiça de acordo com a lei e ao sistema de precedentes (BETTI; ROESLER, 2017, p. 140).

Logo, dentro da teoria da argumentação de MacCormick, para se justificar uma decisão, isso significa que tanto o requisito da universalidade, quanto os requisitos da consistência e da coerência foram cumpridos, e que o argumento decisivo, dentro desses limites dos requisitos, é um argumento consequencialista (COSTA, 2016, p. 174-175).

## 4 CASOS DIFÍCEIS DE IGUAL ORIGEM FÁTICA INTERNACIONAL: PROPOSTA DE NECESSÁRIA MOTIVAÇÃO JUDICIAL QUANTO A CONCLUSÕES DE CORTES DE OUTROS PAÍSES DEMOCRÁTICOS

A fim de demonstrar o defendido em relação à tese de MacCormick, visando a uma releitura puramente positivista, ou seja, inserindo-se na aplicação do Direito interpretado em casos idênticos por Cortes Constitucionais de outros países, pelos magistrados brasileiros, para se obter um conceito de Justiça “razoável”, a qual abrange as três formas defendidas pelo autor escocês (distributiva, retributiva e corretiva), aliado à capacidade coercitiva do Estado e o respeito ao *rule of law* (MACCORMICK, 2011), traz-se um exemplo em discussão mundial a qual, em tese, possibilita a inserção dos conceitos de universalidade e coerência desenvolvidos no tópico anterior: a interceptação telemática de comunicações digitais dotadas de criptografia ponta a ponta.

A consequência que se pretende é evitar o descrédito da Justiça, atingindo um sentimento de segurança e efetividade, realizando-se o bem comum, com a necessária motivação judicial acerca de tais precedentes advindos de Cortes de Justiça de países democráticos (MACCORMICK, 2011, p. 326).

Esta cultura dos precedentes, mesmo que de nações outras e, com certa perda de soberania absoluta dos Estados ao avanço de uma “cultura de Direitos” em nome de uma sociedade globalizada (MACCORMICK, 2011, p. 338), gera coerência normativa e, ainda, no caso ora defendido, fática, contribuindo ao debate por uma completa motivação das decisões judiciais do país julgador (obviamente que pode ser afastada pelo julgador soberano, dentro de seu livre convencimento motivado) em casos de relevância global, mormente quando envoltas por tratados e convenções internacionais de cooperação jurídica probatória, como a Convenção de Budapeste<sup>9</sup>.

Feitas essas considerações iniciais, parte-se agora para uma análise prática da teoria até aqui exposta.

---

9 Nesta linha: “Da mesma forma como os Estados Unidos da América viu-se tentado a aumentar sua produção legislativa – e essa mudança foi recepcionada pelo Direito – os sistemas da Civil Law também necessitam confiar nos precedentes. Essa postura é imprescindível para qualquer sistema que pretenda aceitar o caráter interpretativo do Direito e, ao mesmo tempo, preservar sua coerência.” (KOZICKI; PUGLIESE, 2015, p. 16).



#### 4.1 CASO PARADIGMÁTICO DA TEORIA ORA PROPOSTA: A INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA DE COMUNICAÇÕES DIGITAIS DOTADAS DE CRIPTOGRAFIA PONTA A PONTA

Exemplo prático emblemático para o desenvolvimento da proposta do presente artigo é a discussão mundial, sem solução ou norte ainda definidos, sobre a possibilidade ou não da investigação criminal por meio da quebra da criptografia ponta a ponta presente em vários tipos de comunicações eletrônicas, como o WhatsApp e o Telegram. O Direito Penal e Processual Penal, numa civilização globalizada e diante das novas tecnologias de informação, vem sofrendo transformação importante do ponto de vista da necessária reunião de entendimentos legais e jurisprudenciais de diversos países.

Isso porque há o fenômeno de redução de soberania de cada Estado, não somente por força de tratados internacionais, mas por razões práticas diante da crescente influência das grandes empresas de tecnologia estrangeiras na formação da prova apta à investigação criminal. As vítimas de crimes cometidos por meios digitais necessitam cada vez mais não só do Estado para a investigação criminal, mas de empresas de tecnologia (as chamadas *Big Techs*), as quais, nitidamente, lutam de forma feroz para manutenção de seus negócios bilionários. Por outro lado, os direitos do investigado e da sociedade como um todo vêm à tona para estancar qualquer tentativa que afete a privacidade e liberdade de expressão, vista de forma coletiva (social), conquistada por de certos meios de comunicação e de elevada importância sob o ponto de vista dos direitos e garantias fundamentais.

Em resumo, nos Estados Unidos há um projeto de lei de 2020 – PL S3398 – para responsabilizar civil e criminalmente empresas de tecnologia<sup>10</sup> que, utilizando-se da criptografia ponta a ponta, deixam de prestar informações de exploração sexual infantil. Na Alemanha (2017), o *Código de Processo Penal* foi alterado para permitir a investigação policial de interceptação telemática, mediante prévia autorização judicial, a fim de se quebrar a proteção da criptografia independentemente<sup>11</sup> de qualquer auxílio das empresas de tecnologia digital<sup>12</sup>. E, no Brasil, a Suprema Corte iniciou o julgamento do tema quanto à possibilidade, ou não, de mediante ordem judicial, determinar-se às empresas de tecnologia que forneçam chave para acesso a comunicações criptografadas de seus usuários à persecução criminal<sup>13</sup>.

Para coroar a situação, o Brasil aderiu à Convenção de Budapeste<sup>14</sup>, tratado internacional de cooperação penal e processual penal em tentativa de combate aos crimes cibernéticos, certamente, mais uma influência na ponderação de princípios constitucionais a fim de se obter efetividade na aplicação

10 “O EARN IT Act removeria o escudo de responsabilidade que os provedores agora desfrutam e os coagiria a conduzir em nome do governo as buscas sem mandado que a Quarta Emenda proíbe.” (VALLEE, 2020, tradução livre).

11 “Na verdade, o governo federal queria obrigar os provedores, operadores de aplicativos, serviços de e-mail e outros provedores de telecomunicações a ajudar os serviços de inteligência a distribuir cavalos de Troia do Estado.” (BEUTH, 2021, tradução livre)

12 “Denota-se que o avanço tecnológico vem modificando o anseio social alemão por novas respostas legislativas, tal como indica a Suprema Corte e a doutrina norte-americana”. Sobre o tema: (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 121).

13 Em síntese, há dois votos favoráveis (ADPF 403, rel. Min. Edson Fachin, e ADI 5527, de relatoria da Min. Rosa Weber) pela manutenção da criptografia ponta a ponta; pediu vista de ambos o Min. Alexandre de Moraes.

14 A internalização para sistematizar o tema “crimes cibernéticos e o direito processual penal”, com normatização específica como a cooperação internacional entre Estados, v.g. a interceptação telefônica, telemática e a busca e apreensão, evidencia sua elevada importância.



deste acordo internacional<sup>15</sup>. E da Convenção de Budapeste fazem parte, também, Alemanha e Estados Unidos, daí a dificuldade na conciliação de todo o arcabouço jurídico internacional para a efetivação da pretendida cooperação<sup>16</sup>, e, a relevância da coerência normativa lecionada por MacCormick.

A hipótese do presente estudo, destarte, é um passo a mais e atualizador da doutrina de Neil MacCormick, pois seus argumentos são delimitados à cogência normativa do território nacional. As lições de MacCormick são importantes e nelas se escora este artigo, no qual defende a necessidade de uma integração argumentativa nos entendimentos das Cortes constitucionais de países democráticos, os quais, por tradição, há relações diplomáticas prévias e razoáveis, diante de princípios constitucionais semelhantes, como a observância se signatário de tratados internacionais de direitos humanos como Estado-parte, de viés democrático.

O exemplo fático comum nos Estados Unidos, Alemanha e Brasil, quanto ao caso da interceptação telemática para a investigação criminal de crimes graves pela quebra, de alguma forma, da criptografia ponta a ponta entre usuários de comunicações eletrônicas, não podem ser independentes, por ausência de coerência fática e normativa, pelo silêncio do julgador na análise de suas decisões quanto aos argumentos esposados nas Cortes desses países. Além da óbvia incoerência normativa por eventual omissão, sabendo-se da leitura da doutrina e jurisprudência semelhantes nestas Nações, na motivação judicial deve, ao menos, o julgador se debruçar sobre as consequências práticas de tais decisões, e, o universalismo desencadeador destas.

Diante de fato único universalizado, seguindo tais critérios interpretativos de MacCormick, inclusive quanto à parte envolvida, como as empresas de tecnologia provedoras de tais meios de comunicações digitais criptografadas, não é possível que se decida de olhos fechados para exposições de fato e de direito já realizadas nas Cortes de outras Nações. Sem retirar a soberania do direito interno, ou, a autonomia do Poder Judiciário, não é isso que se defende, mas a imperatividade de um mínimo cuidado em tal linha argumentativa, sob pena de ser infiel à realidade.

Como podemos ter uma decisão de uma forma, enquanto outros países de outra, sem qualquer motivação do porquê? Parece irracional não seguir eventual precedente judicial de outra Nação, dada a unidade fática da situação problema judicializada. Tal conduta do magistrado é fiel ao princípio do livre convencimento motivado e da coerência e universalidade preconizadas por MacCormick.

Importante mencionar que, no Brasil, já temos um norte para fundamentar essa conduta na motivação judicial. Nos termos do art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376/10), 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.”, respeitando-se, assim, nossa soberania judicial, mas, sem esquecer, porém, de sua relevância

---

15 A Convenção de Budapeste “[...] disciplina o direito penal e processual penal, relativamente aos crimes cometidos por meios digitais” (MPF, 2001).

16 Dentre as “tendências mais preocupantes deste debate é o caráter estritamente doméstico da implementação das regulações, quando formalizadas. Ainda que diversos países estejam debatendo concomitantemente as mesmas questões apresentadas, as soluções apresentadas tomam a forma de políticas nacionais de regulação, sem a preocupação de possíveis efeitos que podem gerar além das fronteiras jurisdicionais do Estado regulador, impactando em outras regulações nacionais e na integridade do sistema criptográfico em nível global.” (DONEDA; MACHADO, 2020, posições 2441 e 2451).

como autoridade argumentativa a que o julgador deve se debruçar. Outrossim, nos termos do seu art. 20, tem-se que na esfera “judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, um dos critérios enfatizados por MacCormick como inerente à decisão judicial justa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se discute a respeito da necessidade de motivação das decisões judiciais, tanto à luz do direito nacional, quanto do direito comparado. O pano de fundo de tais debates passa necessariamente pelos conceitos de doutrinadores de Teoria Geral do Direito. Neste artigo estudou-se o pensamento de Neil MacCormick na interpretação e aplicação do direito nos casos difíceis (hard cases). Realizou-se uma análise tanto sobre os fundamentos de sua teoria, quanto da utilização dos ensinamentos do referido doutrinador pelos Tribunais brasileiros.

Em seguida, ampliou-se a análise dos conceitos maccormickianos para a aplicação e interpretação do Direito em casos difíceis julgados por nações diversas, com enfoque nos critérios de coerência e universalidade, pois se defende um plus em sua teoria: alargar a aplicação dos precedentes judiciais para Nações de outros países diante de casos idênticos de repercussão global.

Destarte, e verticalizando o estudo do tema para um caso específico, foi abordada uma proposta de necessidade de motivação judicial das decisões relacionada a conclusões de outras Cortes de países democráticos em casos idênticos, respeitando-se assim os critérios da coerência e da universalidade da argumentação jurídica. Como exemplo concreto escolheu-se a interceptação telemática de comunicações digitais dotadas de criptografia ponta a ponta. Isso porque a realidade digital globalizada demanda a proteção de um novo bem jurídico (sistema informático), e, de uma maneira diversa da que o mundo estava acostumado, influenciando, assim, o Direito Penal e Processual Penal para a efetiva proteção da vítima, mas, ainda caminhando lentamente na conciliação de tais necessidades e interesses colidentes.

As Cortes Superiores de diversos países já estão envolvidas nesta encruzilhada e o estudo da experiência em cada qual é imperativa, considerando que o tema é de relevância mundial e a influência que o julgamento em cada uma delas pode realizar na aplicação do Direito noutros países é algo muito peculiar e evidente, tendo em vista a origem comum do problema central de debate estar nas grandes empresas de tecnologia.

De igual forma, a influência do Poder Legislativo foi evidenciada, ultrapassando o direito interno, em razão da solução da lei alemã ora exposta, dos novos tipos penais cibernéticos já em vigor e os projetos de lei, visando à futura aplicação da cooperação jurídica internacional por meio da Convenção de Budapeste, sem contar o enorme efeito que desencadeará em possível nova lei norte-americana (projeto de lei conhecido por EARN IT Act) por, praticamente, acabar com a criptografia ponta a ponta. Novas leis que já indicam debate acirrado e de difícil solução por cada uma das Cortes superiores de tais países.

Desse modo, não se tem ainda um norte definitivo do que pode vir a se resolver quanto à solução final desse problema da quebra de criptografia nas investigações criminais. Todavia, se nos países sede das principais empresas de tecnologia, especialmente os Estados Unidos, houver decisão de sua Suprema Corte em qualquer sentido, ou, o Poder Legislativo federal e estaduais adotarem direcionamento referendado pelo Poder Judiciário, isso afetará diretamente a questão da interceptação telemática entre comunicações digitais criptografadas e a cooperação pelas empresas provedoras de tal tecnologia, e, conseqüentemente, a decisão judicial eventualmente contrária pela Suprema Corte brasileira e alemã.

A teoria de Neil MacCormick, apesar de já utilizada nas Cortes Superiores brasileiras, ainda é pouco utilizada pela doutrina e jurisprudência de tribunais de segunda instância. Todavia, mormente a crescente internalização por tratados e convenções internacionais em nosso ordenamento jurídico, e, casos difíceis idênticos quanto à matéria fática-problema, mesmo sem o imperativo legal ou supra-legal de obediência, como ocorre em decisões da Corte Internacional de Direitos Humanos, devem, seguindo os critérios da universalidade e da coerência normativa do doutrinador ora em estudo, ser utilizados como critérios interpretativos pelos magistrados da Suprema Corte nos julgamentos, como se fosse uma matéria preliminar de seus votos, ou, mesmo inerente à motivação do mérito da decisão.

O autor não tratou deste tema específico em seus estudos, mas seus métodos interpretativos norteiam esta possível aplicação, em destaque na sociedade globalizada pela tecnologia, principalmente. Com disso, evita-se decisão discrepante em casos idênticos no âmbito internacional, trazendo segurança jurídica aos cidadãos em escala mundial, com repercussão nas esferas pública (direito penal e processual penal) e privada (direito à privacidade e à liberdade de informação), o que aprimora ainda mais o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens.

**Bundesgesetzblatt Teil I**, Bonn, n. 58, ago. 2017. Disponível em: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27I\\_2017\\_58\\_inhaltsverz%27%5D#\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl117s3202.pdf%27%5D\\_\\_1529934677611](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27I_2017_58_inhaltsverz%27%5D#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s3202.pdf%27%5D__1529934677611). Acesso em: 9 set. 2020.

BEUTH, Patrick. **Bundestag genehmigt Staatstrojaner für alle**. 2021 Disponível em: <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/bundestag-genehmigt-staatstrojaner-fuer-alle-a-d01006d4-a530-41c9-ad69-21a3990acfa8>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BETTI, Gabriel Rubinger; ROESLER, Claudia. As limitações e possibilidades dos critérios avaliativos propostos por Neil Maccormick para a argumentação jurídica. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 133-164, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/>

documentacao\_e\_divulgacao/doc\_biblioteca/bibli\_servicos\_produtos/bibli\_informativo/bibli\_inf\_2006/Rev-Dir-Garant\_v.18\_n.1.07.pdf. Acesso em: 7 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 669.047**, Relator(a): Min. Laurita Vaz, julgado em 1 jul. 2021, Processo Eletrônico. Brasília, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752** Paraná, Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 4 abr. 2018, Processo Eletrônico. Brasília, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 378 Distrito Federal**, Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 17 dez. 2015, Processo Eletrônico. Brasília, 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 7 ago. 2021.

COSSIO, Carlos. **Teoría de la verdade jurídica**. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2007.

COSTA, Inês Moreira da. **A decisão judicial e a argumentação jurídica: uma reflexão póspositivista**. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202016%20A%20ARGUMENTA%C3%87%C3%83O%20JUR%C3%8DDICA%20E%20O%20DIREITO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

DONEDA, Danilo; MACHADO, Diego (org.). **A criptografia no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-3.1. E-book.

ESTADOS Unidos da América. Congresso Nacional. **Projeto de Lei: S.3398** – EARN IT Act of 2020. 2019-2020. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/3398/text>. Acesso em: 11 set. 2020.

GLEIZER, Orlandino; Montenegro, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William Soares. Uma era de common law para o Brasil? In: Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política (2.: 2015: Belo Horizonte, MG). *In*: BUSTAMANTE, Thomas; SAMPAIO, José Adércio Leite; KOKKE; Marcelo; ENRÍQUEZ, Igor de Carvalho (org.). **Precedentes judiciais, judicialização da política e ativismo judicial**. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MacCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MacCORMICK, Neil. **Instituciones del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Roseane, JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista NEJ** - Eletrônica, v. 16, n. 2, p. 207-221, mai./ago. 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/3281/2064>. Acesso em: 7 ago. 2021.

MPF – Ministério Público Federal. **Convenção sobre o cibercrime**. 2001. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs\\_legislacao/convencao\\_cibercrime.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf). Acesso em: 18 jun. 2021.

PUGLIESE, William Soares. **A Ratio da Jurisprudência**: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 100 e 175-176. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/43756>). Acesso em: 20 jul. 2021.

SILVA, Neimar Roberto de Souza e. Direito e argumentação jurídica em Neil Maccormick. **Revista Saber Digital**, p. 171-180, 2017. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/download/198/163/+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 23 jul. 2021.

VALLEE, Hannah Quay-de la; AZARMI, Mana. **The new EARN IT act still threatens encryption and child exploitation prosecutions**. Disponível em: <https://cdt.org/insights/the-new-earn-it-act-still-threatens-encryption-and-child-exploitation-prosecutions/>. Acesso em: 15 jun. 2021.

**Recebido em:** 18 de Abril de 2022

**Avaliado em:** 9 de Abril de 2022

**Aceito em:** 22 de Maio de 2022



A autenticidade desse artigo pode ser conferida no site <https://periodicos.set.edu.br>

1. Juiz de Direito Substituto nas Varas Criminais TJPR. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires. Mestrando em Direito - UFPR. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Pesquisador do Núcleo de Estudos Criminais e do Grupo de Pesquisas Modernas Tendências do Sistema Penal. Professor na graduação na Faculdade Educacional de Araucária. Email: [c@tjpr.jus.br](mailto:c@tjpr.jus.br)

2 Advogada. Mestranda em Direito na UFPR. Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Vice-Presidente da Comissão de Investigação Defensiva e Justiça Penal Negociada da OAB/SC. Vice-Presidente da Comissão de Direito Penal Econômico da AACRIMESC. Membro do Grupo de Estudos em Direito Penal Econômico da UFSC/ UNIVALI. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE). Autora de livros sobre Colaboração Premiada e Acordo de Não Persecução Penal. Email: [luisawdarosa@gmail.com](mailto:luisawdarosa@gmail.com).

Copyright (c) 2022 Revista Interfaces Científicas - Direito



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.