

## **O PENSAMENTO DE NEIL MACCORMICK E O STF: breve análise da ADPF132 à luz da teoria da argumentação jurídica.**

Cláudia Albagli Nogueira<sup>1</sup>

### **Resumo**

O presente trabalho objetiva apresentar uma aplicação prática do pensamento de Neil MacCormick desenvolvido na sua obra *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Para tanto, escolhemos a decisão Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas (ADPF 132/ADI 4277) e a partir dela iremos observar a aplicação da teoria de MacCormick, no que ele denomina de problemas de interpretação, problemas de pertinência e a relação entre razão prática, direito e moral na decisão.

Argumentação jurídica, MacCormick, ADPF 132.

### **I - Introdução**

O propósito deste trabalho é, além de apresentar de maneira breve o pensamento de MacCormick, mostrar a sua aplicação prática. Para cumprir esse propósito escolhemos uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) para analisar e demonstrar como aquilo que foi desenvolvido por MacCormick em sua obra sobre argumentação jurídica encontra aplicação mesmo em tribunais de países de tradição romano-germânica.

Na história recente o STF tem sido protagonista de decisões de grande repercussão social, tanto pela amplitude das situações decididas, como por estabelecerem novos paradigmas jurídicos, mormente naquelas situações que não são expressamente abarcadas pelo plexo de normas jurídicas em vigor.

Assim também é com a decisão que aqui escolhemos para analisar, que trata do reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e que foi debatida e decidida em razão da proposição da ADPF 132 – RJ e ADI 4277 – DF, sentenciadas conjuntamente.

A decisão do STF se apresenta como precedente jurídico histórico, sobretudo por assumir papel contramajoritário pela proteção de direito fundamental de um segmento da população nacional que, embora alcance emancipação social, ainda se encontrava à

---

<sup>1</sup> Cláudia Albagli Nogueira é doutora em Direito Público na Universidade Federal da Bahia.

margem do direito, em razão dos obstáculos políticos existentes para o reconhecimento normativo dos seus direitos.

O que se pretende é cruzar trechos da decisão com a construção teórica de Neil MacCormick, reconhecendo na perspectiva prática a aplicação das observações e conceitos apresentados, o que é possível porque os pontos desenvolvidos por MacCormick tratam, como vimos, de questões surgidas em toda e qualquer decisão. Debatem mais do que o aspecto formal da sentença, esmiuçando o papel do julgador frente àquelas situações que não obedecem à lógica dedutiva. Aborda o caminho para alcançar a melhor decisão nesses casos, para afastar questões em derredor, bem assim analisa o papel do julgador na mediação entre razão prática, moral e direito.

## **II - Neil MacCormick e a sua Teoria da Argumentação Jurídica: justificação dedutiva e não dedutiva.**

Os teóricos da argumentação da primeira metade do século passado (Chaim Perelman e Theodor Viehweg) tinham como pensamento em comum a rejeição ao modelo da lógica dedutiva. Por sua vez, o que atualmente se denomina como teoria padrão da argumentação jurídica é formado, dentre outros, pelos pensamentos de Robert Alexy e Neil MacCormick<sup>2</sup>, esse último objeto da nossa atenção e por ele mesmo auto-intitulado como um teórico institucional pós-positivista<sup>3</sup>.

O pensamento central de Neil MacCormick dirige-se a criar uma teoria que seja tanto descritiva quanto normativa, abarcando uma ideia contemplativa da segurança própria da normatividade, bem como da lógica descritiva. Ele defende sempre um meio termo, como destaca Manuel Atienza<sup>4</sup>, que atenda tanto aos aspectos dedutivos como aos não dedutivos.

---

<sup>2</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 117-118.

<sup>3</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, p. XVIII, 2006.

<sup>4</sup> ATIENZA, *op.cit.*, p.119.

O autor aborda o tema da argumentação jurídica como uma ramificação da argumentação prática, que consiste no uso da razão por parte dos seres humanos para decidir qual é a forma correta de se comportar em situações em que haja escolha (justificação). Em sua obra vai o autor, em linhas gerais, trabalhar a relação da argumentação dedutiva versus argumentação não dedutiva, no âmbito do Direito.

Para MacCormick, a argumentação tem como função justificar para a viabilidade da decisão, sendo que essa justificação deve estar de acordo com os fatos estabelecidos e com as normas vigentes (aspectos descritivo e normativo, respectivamente). Para o autor, justificar significa demonstrar que as decisões estão de acordo com o direito.

MacCormick defende expressamente a justificação dedutiva, mas faz questão de colocar que esta não é suficiente para o estudo da argumentação, e se dedica também a analisar os elementos da argumentação jurídica que não são dedutivos<sup>5</sup>, sempre tendo como pano de fundo o processo de raciocínio desenvolvido nas sentenças judiciais.

Para desenvolver a sua teoria MacCormick baseia-se em decisões do Tribunal Britânico, permeando a análise das sentenças com seus comentários. Parte da decisão de um caso, onde a sentença decorreu de uso da técnica dedutiva, analisando os pressupostos e limites da justificação dedutiva. Coloca que uma argumentação dedutiva é aquela que se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, que são as premissas da argumentação<sup>6</sup>. O que ele chama de “razão justificatória”<sup>7</sup> são os argumentos apresentados por um juiz para explicar a sua decisão.

Um primeiro pressuposto da justificação dedutiva refere-se à obrigação do juiz de aplicar as regras do direito válido. Entende MacCormick que aqueles que se determinam por um sistema de direito e a ele se sujeitam devem priorizar as regras de direito válido. O segundo é que o juiz pode identificar, dentre as regras válidas para o sistema, quais delas são válidas também para a situação que lhe é posta, ou seja, a identificação e

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p.IX.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p.26.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 21

opção é algo que está nas mãos do juiz e que a ele, somente a ele, cabe a tarefa de construção da justificação daí decorrente.

Esse ponto é fundamental, pois embora o autor trabalhe logicamente a argumentação dedutiva, ele ressalta que o ato de sentenciar em si não guarda nada de lógico, é escolha do agente. O direito, para MacCormick, não pode ser abstraído da moral e da política<sup>8</sup> por envolver escolhas a cargo do juiz e da sua valoração a partir da norma válida (reconhecida pela sociedade) e dos fatos trazidos à sua colação.

Outro limite à justificação dedutiva ocorre na formulação de premissas normativas ou fáticas, pois podem surgir problemas daí decorrentes. MacCormick aponta a existência de casos fáceis e difíceis e, nestes últimos, aponta a possível existência de quatro problemas: problemas de interpretação, de pertinência, de prova e de qualificação.

Os problemas de interpretação e de pertinência surgem quando do estabelecimento das premissas normativas; já os problemas de prova e de qualificação, quando do estabelecimento de premissas fáticas.

O problema de interpretação ocorre em razão da possibilidade de interpretar-se uma mesma norma de mais de uma maneira. MacCormick, utilizando-se de uma situação prática (aplicação da Lei de Relações Raciais do Reino Unido, de 1968), procura demonstrar que uma mesma lei pode suscitar interpretações ambíguas, dada uma situação, e que caberá ao aplicador optar entre uma das versões concorrentes da norma. Para tanto, exigir-se-á do aplicador uma justificação completa que extirpe essa ambiguidade, e que gire “em torno de como for justificada a escolha entre as verdades concorrentes da norma”<sup>9</sup>. Resolvido o problema de interpretação é que poderá o autor concretizar a justificação dedutiva.

O problema de pertinência seria quanto a saber se das alegações decorre a conclusão em busca da qual se recorre ao tribunal, se há lei aplicável à situação concreta. Seria a necessidade de haver uma concatenação lógica entre a pretensão apresentada e o resultado que se espera da decisão judicial. Em não havendo uma lei aplicável,

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p.81.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p.86.

MacCormick atenta que a razão para a pretensão não pode ser individual e particular, ou seja, se há uma razão que justifique aquela conclusão do aplicador da lei, essa razão deve também poder ser aplicada a situações semelhantes com os mesmos pressupostos lógicos, de forma a resguardar a universalidade da decisão.

O terceiro problema diz respeito a avaliação das provas para adequá-las à situação a ser decidida, levando a uma conclusão coerente. MacCormick destaca que os problemas de prova são problemas de caráter particular, já que se restringem a uma determinada situação ou a um número diminuto de situações semelhantes, ao contrário dos problemas de interpretação e pertinência, que têm um caráter de universalidade<sup>10</sup>.

Por fim, o quarto e último problema, é o de qualificação, ou seja, de avaliação quanto aos fatos levados a juízo e quais destes se integram ou não ao que será reduzido à norma jurídica.

Assim, para MacCormick, analisados os problemas que assolam os denominados casos difíceis, para a justificação de uma decisão nessa situação, o cumprimento do requisito de universalidade é fundamental. Desta maneira, para uma decisão em um caso difícil estar bem justificada deve ela embasar-se em, ao menos, uma norma ou princípio geral para que reste resguardada a sua segurança. Faz referência à justiça formal como a necessidade de tratar de modo semelhante situações semelhantes.

Para além da análise da justificação dedutiva, onde MacCormick debruça-se sobre as questões de lógica da sentença, o que coincide com a justificação interna da sentença<sup>11</sup> (ou seja, avaliar se a parte dispositiva decorre imediatamente dos preceitos citados para a fundamentação), em um segundo momento ele analisa a “justificação de segunda ordem”<sup>12</sup>, perpassando o seu estudo pela consequências advindas das decisões judiciais. Isto porque MacCormick reconhece que uma decisão jurídica deve ter sentido tanto para o sistema jurídico (correção normativa) como para o mundo, assim entendido como os destinatários do dispositivo constante da decisão<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p.118.

<sup>11</sup> “Justificação Interna” é um conceito primordialmente desenvolvido por Robert Alexy, em sua Teoria da Argumentação Jurídica.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 128 et seq.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.131.

É nessa “justificação de segunda ordem” que se situa a construção argumentativa, o conjunto coordenado de argumentos que associado aos dispositivos legais demonstrará por que a decisão mostra-se suficiente para a solução do conflito posto, já que explicitam a coerência da sentença.

Para MacCormick, a coerência enquanto característica de uma decisão judicial pode ser distinguida entre coerência normativa e coerência narrativa. A coerência normativa parte da ideia de que o direito está de acordo com a noção de universalidade, considerando as normas não isoladamente, mas como conjuntos dotados de sentido. Assim, há um grande princípio básico, a partir do qual se constituem as normas e perante o qual elas se justificam.

Já a coerência narrativa atém-se aos fatos. Há coerência narrativa quando há uma dedução imediata a partir das provas. Assim seria o discurso construído para explicar o fenômeno social a partir de princípios do tipo racional, sobre os quais se baseia o direito.

A soma dessas referências (coerência normativa + narrativa + princípios de universalidade) é que dá à argumentação jurídica uma característica de argumentação consequencialista, que, segundo MacCormick, são os argumentos decisivos<sup>14</sup>. Os argumentos consequencialistas somariam e determinariam o discurso para uma razão de correção (que seria uma decisão boa ou correta por si mesma).

Por fim, MacCormick coloca em jogo a questão de não haver uma única resposta correta quando se trata de casos difíceis. Nesses casos, então, utilizar-se-ia os critérios de universalidade, consistência, coerência e aceitabilidade das consequências para se fazer escolhas e chegar a um único resultado, superados também os possíveis problemas (interpretação, pertinência, prova e qualificação).

Conclui ele que, quando dessas escolhas, deve-se considerar não só a racionalidade prática, mas também a sensatez, perspicácia e sentido de justiça. Em outras palavras,

---

<sup>14</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, p.138-152.

defende MacCormick que o espírito do juiz deve ser guiado não só por instrumentos tendentes a uma avaliação exclusivamente jurídica, mas também por valores humanos que merecem ser considerados para o alcance da decisão satisfatória.

Considera que a argumentação jurídica é parte da argumentação moral, dizendo que “um estudo da argumentação jurídica não é de modo algum inútil para a compreensão da argumentação moral”<sup>15</sup>. A argumentação jurídica seria um caso institucionalizado da argumentação moral.

Neste ponto coadunamos com MacCormick, pois consideramos que ao tomar a decisão o juiz considera o arcabouço de instrumentos jurídicos que tem à sua disposição, mas coloca ali, também, valores a serem avaliados, tais como o bom senso, a perspicácia e o sentido de justiça.

É o que Hans-Georg Gadamer denomina “pré-conceito”<sup>16</sup>, que é uma ideia que não tem sentido pejorativo, como discriminação, mas sim sentido fenomenológico, de conceito formado previamente. Ele diz que “os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica do seu ser”<sup>17</sup>.

Através da argumentação, dar-se-á a esses diferentes instrumentos – jurídicos e não-jurídicos – a forma discursiva racional, institucionalizada, fazendo da sentença um dispositivo legitimado.

A proibição do *non liquet*, ou a obrigatoriedade de decidir, impõe ao magistrado o exercício da decisão. João Maurício Adeodato<sup>18</sup>, analisando a questão, diz que “esse é o drama do magistrado brasileiro e do magistrado de maneira geral, o ter que entender de tudo para decidir sobre tudo”<sup>19</sup>. Portanto, entender o ato de decidir sem reconhecer a existência de avaliações axiológicas do juiz é reconhecer uma verdade que não condiz com a realidade. O juiz realiza, em momento anterior à decisão, uma série de reflexões

---

<sup>15</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, p. 357.

<sup>16</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 368.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 368.

<sup>18</sup> ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo; Saraiva, 2002.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p.217.

em que estarão presentes suas experiências e vivências, influenciando no dispositivo final. A argumentação jurídica traduz em linguagem institucionalizada esses elementos de que se serve o juiz na hora da decisão, dando racionalidade à decisão. O que MaCCormick vai exigir é que essa razão desenvolvida na sentença tenha caráter universal, preservando dessa maneira a segurança e a excelência da atividade judicante.

### **Aplicando a Teoria de Neil MacCormick: análise da decisão da ADPF 132 – RJ e ADI 4277 - DF.**

#### **Breve histórico das ações constitucionais**

É imprescindível iniciar explicando que a ADPF 132-RJ foi convertida em ação direta de inconstitucionalidade pelo Ministro Relator Carlos Ayres de Britto que, considerando que a ação havia perdido o seu objeto, tendo em vista que a legislação do Estado do Rio de Janeiro já equiparava à condição de companheiro para os fins pretendidos, os parceiros homossexuais, terminou por acatar o pedido subsidiário da ADPF. Assim, o objeto passou a ser o mesmo, a análise do art. 1.723 do Código Civil brasileiro e a sua interpretação conforme a Constituição, realizando-se, pois, o julgamento conjunto.

A ADPF 132 pleiteava o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, sob o argumento de que o art. 1723 do Código Civil deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, especialmente do seu art. 3º, III, que coloca como objetivo constitucional a promoção do bem comum e a proteção da dignidade da pessoa humana e à liberdade sexual como consectário lógico da autonomia da vontade.

Como argumento contrário à tese da ADPF, encontramos a invocação à interpretação literal do Código Civil, bem assim da Constituição Federal (art. 226, §3º), já que ambos fazem menção expressa a união estável entre homem e mulher, tese essa absolutamente rechaçada.

Assim, apresentou-se um embate entre duas interpretações possíveis: a literal, defendida pelos setores contrários à ADPF; e a sistemática que propõe a interpretação do art. 226 conjugada com outros artigos da Carta Magna, retirando a literalidade usada como argumento.

#### **O voto do Ministro Relator**



O relator do processo foi o Ministro Carlos Ayres de Brito, que foi acompanhado por unanimidade pelos demais ministros no que se refere ao reconhecimento da interpretação conforme do art. 1723 do Código Civil, em razão da durabilidade, conhecimento público (não-clandestinidade) e propósito e anseio de constituir família.

A fundamentação do relator foi pela proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, igualdade e vedação à discriminação em razão do sexo ou de qualquer outra natureza.

O Ministro Relator falou ainda da sensibilidade às situações fáticas ainda não expressamente tuteladas normativamente, mas que não podem sofrer sonegação de direitos válidos. Destacou a igualdade de todos os seres humanos. “Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico positivo, iguais para titularizar direitos, ônus e interesses também juridicamente positivados”<sup>20</sup>.

Tomando como questão central o alijamento ou não das uniões homoafetivas da proteção jurídica dada às uniões estáveis, destacou o Ministro que o conceito de família na atualidade atém-se muito mais ao aspecto cultural e espiritual do que à questão biológica. Não há para o Ministro que se observar se homem e mulher, ou se a sua constituição é por meio de casamento ou informalmente, para ele a própria Carta Magna não faz essa diferenciação, sendo descabido o fazer o Judiciário. O Ministro Relator destaca a impossibilidade de absolutizar um conceito, já que a própria Constituição Federal não o fez, “recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser”<sup>21</sup>.

O Ministro então reafirma que a igualdade entre heteros e homos só estaria completa se desembocar no igual direito de uma família autonomizada e propõe uma interpretação não reducionista do conceito de família para que a Constituição Federal abarque a situação discutida e não incorra em discurso “indisfarçavelmente preconceituoso e homofóbico”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> ADPF132. Voto Ministro Relator Carlos Ayres de Brito, p. 36. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 06.08.2012

<sup>21</sup> ADPF132. Voto Ministro Relator Carlos Ayres de Brito, p. 41. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 06.08.2012.

<sup>22</sup> Ibidem, p.42.

Invocando o método de interpretação constitucional científico-espiritual<sup>23</sup>, o Ministro Ayres de Brito defende o reconhecimento da união estável dizendo que não se pode fazer uso da letra da Constituição Federal para “matar o seu espírito”<sup>24</sup>.

Com esses argumentos concluiu pela procedência das ações constitucionais, dando interpretação ao art. 1723 do Código Civil e reconhecendo a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O reconhecimento impõe a aplicação das mesmas regras e consequências da união estável entre homem e mulher.

### **Voto dos demais Ministros**

O Ministro Luis Fux, primeiro a votar, seguiu o voto do relator dando procedência às ações constitucionais e, em linhas gerais, reconhecendo o papel fundamental do Judiciário na proteção das minorias para guarda de direitos fundamentais plasmados na Constituição Federal, impondo ao poder público a promoção desses direitos.

O Ministro Fux considerou que a união estável e duradoura entre pessoas do mesmo sexo são entidades simétricas às uniões entre homem e mulher e, igualmente ao relator, entendeu que o fato da Constituição Federal trazer no seu texto a previsão de união estável entre homem e mulher não retira a possibilidade do reconhecimento às uniões homoafetivas, já que o artigo foi inserido na Constituição Federal para retirar da marginalidade a união estável. Entende o Ministro que dar a esse artigo interpretação restritiva seria matar o seu espírito.

Dois pontos destacamos na decisão do Ministro Luis Fux: a relevância dada à questão da segurança jurídica que se produziria com o reconhecimento das uniões estáveis, já que havia em diversos campos questões que seriam solucionadas com essa decisão; o segundo ponto de destaque é na análise preliminar, quando destacou o caráter *erga*

---

<sup>23</sup> O método científico-espiritual é método de interpretação constitucional que, entendendo haver subentendido ao texto da norma constitucional uma ordem de valores protegida, propõe que na interpretação dê-se mais importância à captação do conteúdo axiológico da norma constitucional, ao espírito da norma, não se atendo à sua literalidade.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p.46.

*omnes* da decisão, pois paira sobre lei nacional, reafirmando o caráter universal do reconhecimento das uniões estáveis.

A Ministra Carmem Lúcia também asseverou o repúdio a qualquer forma de discriminação ou preconceito e a necessidade de se dar à Constituição Federal interpretação comprometida com a Justiça. Para a Ministra a interpretação da Constituição Federal deve ser sistemática, considerando o todo valorativo (principiológico) em que está inserida, de maneira a concretizar as máximas constitucionais.

O Ministro Ricardo Lewandowsky, quarto ministro a votar, votou favoravelmente à equiparação da união estável às uniões homoafetivas, mas percorreu entendimento jurídico diferente. Segundo Lewandowsky o que há é uma nova modalidade de entidade familiar que não aquela prevista no art. 26 da Constituição Federal, sendo, em verdade, um hipótese de lacuna normativa.

Para resolver o problema sugere que o reconhecimento se impõe por uma leitura sistemática da Lei Magna, com base na Dignidade da Pessoa Humana, liberdade, não discriminação e, como solução, integração por analogia à entidade familiar mais próxima da união homoafetiva, no caso, a união estável. Destaca que o rol de entidades familiares previsto na Constituição Federal não é taxativo.

O Ministro Joaquim Barbosa votou favoravelmente, porém considera que não se trata de hipótese contida no art. 226, § 3º, da CF, por interpretação extensiva, já que este explicitamente regula as uniões estáveis entre homem e mulher. Para o Ministro Barbosa, o fundamento constitucional para as uniões homoafetivas está em todos os dispositivos do texto magno que protegem os direitos fundamentais.

Já o Ministro Gilmar Mendes considerou que a não proteção das uniões homoafetivas tratava-se de “limbo jurídico” e defendeu a superação da situação para atendimento ao direito das minorias e aos direitos fundamentais. Entendeu haver uma lacuna jurídica e defendeu a aplicação analógica do texto constitucional, acompanhando o relator.

A Ministra Ellen Gracie, aderiu na integralidade ao voto do ministro relator, complementando com algumas considerações do direito comparado.

O Ministro Marco Aurélio defendeu o reconhecimento da união homoafetiva e falou da interessante relação entre direito e moral, destacando que o direito apartado da moral pode cometer atrocidades, como no caso das Leis de Nuremberg, enquanto o direito submetido à moral também não é salutar, vide a Santa Inquisição. Dessa maneira, para Marco Aurélio, “direito e moral devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos”<sup>25</sup>.

O Ministro fez essa digressão a propósito de falar sobre como preceitos morais religiosos impedem o reconhecimento dos direitos às uniões homoafetivas em sede legislativa.

Na defesa das uniões homoafetivas aduziu Marco Aurélio a defesa da promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF), bem assim o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais, que para o Ministro pouca serventia teriam se interpretados de acordo com a opinião pública majoritária.

Por fim, defendeu o reconhecimento da equiparação das uniões estáveis às uniões homoafetivas, dizendo que a literalidade do §3º, do art. 226, da CF, pode ser superada com socorro à hermenêutica.

O Ministro Celso de Mello acompanhou o voto do relator para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar com iguais direitos e deveres decorrentes da união estável e dando efeito vinculante à decisão. A fundamentação do Ministro Celso de Mello pugna pela efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e pela necessidade de uma nova visão de mundo pautada numa ordem jurídica inclusiva.

O Ministro Cesar Peluso, último a votar, também entendeu pela existência de uma lacuna normativa e pelo uso da analogia com a união estável em razão da similitude das entidades familiares.

---

<sup>25</sup> ADPF132. Voto Ministro Marco Aurelio de Mello, p. 205. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 14.08.2012.

## **A teoria de MacCormick e a decisão do STF**

MacCormick Em sua obra demonstra que a argumentação tem função de persuasão e justificação. O que ele irá denominar “razão justificatória”<sup>26</sup> são os argumentos apresentados pelo juiz para explicar sua decisão, ou ainda os argumentos de um advogado para convencimento do juiz de que tem razão. Ocorre que, segundo MacCormick, essa razão justificatória pode se valer de argumentos dedutivos, ou não dedutivos quando das premissas não se chega necessariamente à conclusão.

A decisão produzida na ADPF 132 – RJ e ADI 4277 – DF trata-se de caso típico do que MacCormick denomina de argumentação não dedutiva, ou seja, aquelas hipóteses em que o argumento dedutivo não atende à decisão. Vislumbramos, em verdade, tanto “problemas de interpretação”, como também, “problemas de pertinência”. O primeiro porque algumas das normas legais atendem a mais de uma interpretação; e o segundo, porque por não haver uma resposta imediata no sistema, a resposta oferecida na decisão da Suprema Corte deve ter uma razão que não seja particular, mas universalizável. Vejamos cada um deles.

### **O problema de interpretação**

A teoria da argumentação de MacCormick encontra aplicação na decisão ora analisada primeiramente naquilo que Neil MacCormick chama de problema de interpretação. Isto porque, uma das questões objeto de discussão pelos ministros da Suprema Corte, é quanto à interpretação a ser dada ao art. 226, §3º, da Constituição Federal.

Em parte, a linha de defesa contrária a procedência das ações constitucionais pugna pela interpretação literal do artigo mencionado, alegando que a menção expressa a “homem e mulher” impediria a extensão do reconhecimento às uniões homoafetivas. Prevaleceu, contudo, a posição diversa, restando decidido que se impõe o reconhecimento das uniões homoafetivas por uma leitura sistemática da Constituição Federal.

---

<sup>26</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.

Para MacCormick, uma vez detectado um problema de interpretação, deve ser este previamente resolvido para que depois cuide o juiz de realizar justificação da decisão. Assim agiram os ministros que se detiveram sobre a dúvida exegética, sendo a preocupação primeira posicionar-se quanto à interpretação cabível à situação.

A Ministra Carmem Lúcia, por exemplo, balizou todo o seu voto a partir do posicionamento pela interpretação sistemática da Constituição Federal, ponderando que para além da literalidade da norma, deve ser feita uma interpretação que alcance o sentido e espírito da Lei Magna.

Diz a Ministra:

Garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art.5º, *caput*, da Constituição) há que se assegurar que o seu exercício não possa ser tolhido, porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá com a mão direita para tirar com a esquerda. (...)Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito”

A decisão cuida de extirpar o problema de interpretação, justificando a posição pela interpretação sistemática e pelo amparo jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Nas situações em que se apresentam problemas de interpretação a argumentação dedutiva não funciona, conforme expõe MacCormick, porque não há como se extrair das premissas a conclusão desejada ou necessária, já que há uma questão antecedente que é a possibilidade de mais de uma interpretação admissível para a disposição normativa. Portanto, para que a justificação se mostre satisfatória irá depender da escolha feita entre as versões concorrentes da norma, bem assim da fundamentação apresentada que deverá demonstrar a plausibilidade da via interpretativa escolhida.

MacCormick ressalta que a decisão judicial implica numa perspectiva futura e que isso deve ser considerado no momento da decisão, da escolha interpretativa, pois aí vai estar a justiça da decisão<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Ibidem, p.100

No contexto do ordenamento brasileiro devemos ainda destacar o papel assumido pela Constituição Federal de 1988. A Carta Magna por si só representa a lei maior e exerce a sua função de controle de constitucionalidade; no ordenamento brasileiro acresce-se a isso o fato da Constituição de 1988 ser o pressuposto normativo para a retomada democrática do país e trazer no seu bojo o suporte jurídico que auxilia esse processo desde a sua promulgação.

Já o Ministro Marco Aurélio, na fundamentação do seu voto, ao abordar a discussão interpretativa que se estabelecia em torno do art. 226, §3º, CF, faz questão de ressaltar a relação entre norma constitucional e infraconstitucional e como assume a Lei Maior a função de ressignificação do ordenamento brasileiro. No caso, o Ministro vai justificar a sua decisão e a opção pela interpretação sistemática do artigo constitucional mencionado a partir dessa relação Constituição/ordenamento e da necessidade de abarcar as mudanças sociais através de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, especialmente considerando a colocação da dignidade da pessoa humana como valor fundante.

Vejamos o que diz o Ministro Marco Aurélio:

Percebam que a transformação operada pela atual Constituição não se resumiu ao direito de família. A partir de 1988, ocorreu a ressignificação do ordenamento jurídico. Como é cediço, compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional. Esse fenômeno denominado “constitucionalização do Direito”, na expressão de uso mais corriqueiro, revela que não podemos nos ater ao dogmatismo ultrapassado, que então prevalecia no Direito Civil<sup>28</sup>.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio a escolha interpretativa não é apenas uma escolha entre interpretações possíveis, mas uma tomada de posição do que se pretende concretizar como Justiça. Assim, no caso da ADPF e ADI analisadas, a opção por uma interpretação literal implicaria num retrocesso jurídico, já que em descompasso com pluralização do conceito de família que já se operava no direito brasileiro.

---

<sup>28</sup> ADPF132. Voto Ministro Marco Aurelio de Mello, p. 209. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 19.08.2012

Neste ponto, novamente, devemos falar do encontro entre o pensamento de Neil MacCormick e a linha desenvolvida na decisão que se analisa. Ao colocar a existência de “problemas de interpretação”, MacCormick explica serem estes resultado da superação do modelo positivista que se subsumia a uma aplicação dedutiva da norma. Exatamente por esse modelo não se mostrar mais satisfatório é que se apresentam questões como as de interpretação e pertinência, e a solução dessas questões permitirá que o Direito se adeque a uma nova realidade e atenda ao que ele chama de princípio da justiça formal<sup>29</sup>, ou a necessidade de se tratar de maneira semelhante casos semelhantes.

Assim, para Neil MacCormick a questão de fundo do problema de interpretação não é só a possibilidade de mais de uma interpretação, mas a sua causa e efeito. A causa para o problema é a insuficiência do modelo positivista tradicional, não mais se aplicando a argumentação dedutiva. A consequência é que a opção por uma das interpretações possíveis não se apresenta apenas como uma escolha do juiz, mas como uma tomada de posição para casos futuros e para a leitura do Judiciário perante as demandas sociais que se apresentam processualmente.

### **O problema de pertinência**

Um segundo problema apontado por MacCormick, conforme exposto no item II do presente trabalho, é o que ele denomina de “problema de pertinência”, também resultado da limitação da justificação dedutiva, comumente utilizada pelo modelo positivista.

Trabalhamos no item anterior o problema de interpretação e vimos que em mais de um voto, apontou-se problema de interpretação e entre a interpretação literal e a interpretação sistemática, optaram os Ministros do STF pela segunda opção, por considerar a Constituição Federal um todo uniforme em que a conjunção dos princípios e artigos constitucionais permitem o acatamento da tese de reconhecimento das uniões homoafetivas.

A sentença da ADPF 132/ADI 4277 converge com o pensamento de Neil MacCormick também quando o autor aponta o problema de pertinência. Segundo MacCormick há

---

<sup>29</sup> Ibidem, p.96.



situações em que não existe uma norma específica que atenda à situação concreta levada a juízo. Quando isso ocorre caberá ao juiz observar se as alegações da parte autora são pertinentes nos termos da lei com relação à conclusão em busca da qual ele recorreu ao Tribunal<sup>30</sup>. Deve haver uma concatenação lógica entre a pretensão jurídica e a decisão.

Ao levantar o problema de pertinência MacCormick chama atenção de que sempre que ocorrer questão como essa e sendo a resposta positiva, ou seja, havendo razão para a parte que recorreu à Justiça em situação não abarcada expressamente pela norma, a justificação da decisão que acatará o pedido não deverá ser uma justificação particular, mas universal. Em outras palavras, se há razão para o acolhimento de um pedido não previsto expressamente pela norma, essa mesma razão será um bom motivo para o acolhimento de pedidos formulados nos mesmos termos.

Na situação das ações constitucionais analisadas, pelo menos dois Ministros abordaram em seus votos o que MacCormick chama de problema de pertinência.

O Ministro Luis Fux teceu em sua decisão uma linha que claramente coaduna-se com o problema tratado por MacCormick, observando a lacuna jurídica existente e reafirmando a questão da segurança jurídica que pairava sobre a decisão, já que o reconhecimento das uniões homoafetivas solucionaria uma série de questões em derredor, destacou o Ministro Luis Fux o caráter *erga omnes* da decisão, demonstrando que a fundamentação baseia-se em lei nacional (CF) e o reconhecimento implicaria na universalização do entendimento<sup>31</sup>. Com isso, a decisão tomada em sede de ação constitucional não tem a pretensão de manter-se como decisão particular, mas assume, necessariamente, caráter de universalidade, estendendo-se às situações similares a proteção jurídica concedida pela STF.

O Ministro Luis Fux fez questão de reafirmar que não obstante a ausência de regra expressa atendendo à situação, a leitura da Constituição Federal da República autoriza o reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, numa razão que não

---

<sup>30</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.88.

<sup>31</sup> ADPF132. Voto Ministro Luis Fux, p.59. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 25.08.2012

é restrita à situação abordada pelo STF, mas extensiva a toda e qualquer situação semelhante. Mais uma vez apresenta-se a lógica da “justiça formal”, defendida por MacCormick, pela qual a razão de uma decisão deve ser a mesma para todas as decisões de situações semelhantes.

Outro Ministro que expressamente toca na questão é Ricardo Lewandowsky, já que no seu voto entende ser hipótese de lacuna normativa, constituindo-se a união homoafetiva numa nova modalidade de entidade familiar que não aquela prevista no art. 226, da Constituição Federal.

Trazemos alguns trechos elucidativos do voto do Ministro Lewandowsky:

Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

(...)

Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.

(...)

Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica.

Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> ADPF132. Voto Ministro Ricardo Lewandowsky, p.103/107. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 29.08.2012

Da leitura constata-se que Lewandowsky propõe integração por analogia, aplicando-se as regras do que ele entende ser a entidade familiar mais próxima, qual seja, a união estável. Dessa maneira a solução para o problema de pertinência foi o recurso à analogia.

Reiteramos que para MacCormick o problema de pertinência é passível de solução, desde que a razão da decisão não seja particular (específica da decisão), mas uma razão universal, que possa ser estendida a toda e qualquer situação semelhante.

Por mais de uma vez MacCormick chama a atenção de que o que é extraído da decisão é a *ratio decidendi* dela, ou seja, “afirmação de proposições de direito feitas por juízes em seu parecer de justificação em casos registrados”<sup>33</sup>. O que deve ser universalizável é a razão da decisão e não as palavras particulares na qual ela se expressou, de maneira que possa ser aplicada a tantas quantas sejam as situações semelhantes.

Em todos os votos levantados os Ministros cuidaram de destacar a *ratio decidendi* como aplicável às situações semelhantes, estendendo-se o efeito da decisão para toda e qualquer cidadão na mesma situação, daí se falar em caráter *erga omnes* da decisão e em *ratio decidendi* universalizável.

Assim mesmo pensa Neil MacCormick, que em uma das conclusões elaboradas em sua obra, aborda a possibilidade de universalização da decisão como vetor para a concretização da justiça formal. Vejamos o que ele diz:

A noção de justiça formal exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao caso atual<sup>34</sup>.

#### **IV – Considerações Finais: da relação direito e moral na decisão**

---

<sup>33</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.109.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p.126

Um derradeiro ponto da Teoria da Argumentação de MacCormick parece-nos aplicável à ação constitucional analisada. No capítulo X da sua obra, MacCormick observa a questão da sensibilidade judicial a ser revelada na decisão judicial e na sua fundamentação resultante da inexcedível relação entre moral e direito.

Para MacCormick o papel da argumentação é dar racionalidade à decisão, mas essa racionalidade não afasta a participação das razões subjetivas que guiam os juízes e que subsidiam a sua decisão. Esclarece MacCormick:

É naturalmente possível que os juízes sempre ou às vezes tenham razões subjetivas que os motivem a decidir casos como decidem, razões que são totalmente diferentes das razões justificatórias que apresentam. Este livro demonstra, porém, que também é possível que juízes se empenhem em sempre tentar proferir a decisão mais bem justificada (a seus olhos) por ser ela a decisão mais bem justificada<sup>35</sup>.

O autor fala num envolvimento dialético entre razão e paixão que envolve moral e direito, não as colocando em situações antagônicas, mas em situações de colaboração, numa troca permanente que culmina na justificação da decisão. Para MacCormick, o juiz é necessariamente envolvido pela realidade social e tanto a vida moral, como a vida legal, são determinados por essa implicação necessária, refletindo-se na sua atividade laborativa<sup>36</sup>.

Na ADPF 132/ADI 4277 parece-nos que uma vez mais encontramos aplicação da tese de MacCormick, já que houve notável influência dos fatores sociais para unanimidade da Suprema Corte. Entre problemas de pertinência e problemas de interpretação, todos eles superáveis, foi voz uníssona o reconhecimento de uma realidade social que se sobrepunha e que urgia por amparo jurídico. Restou clara a sensibilidade judicial em observar o tecido social como parte integrante da decisão e impossível de ser desconsiderado, levando a totalidade dos votos ao reconhecimento da união homoafetiva e sua equiparação às uniões estáveis.

---

<sup>35</sup> Ibidem, p.352.

<sup>36</sup> Ibidem, p.357

MacCormick conclui a sua obra falando de uma relação determinante entre razão prática, moral e direito, naquilo que atesta a sua teoria como uma “teoria institucional pós-positivista do direito”<sup>37</sup>, pois o autor teve o cuidado de reafirmar a inexorável relação entre moral e direito, bem assim a participação dessa relação na justificação das decisões judiciais.

Quando afirma que a argumentação jurídica é parte da argumentação moral, ou a argumentação moral institucionalizada, considera que os elementos morais não estão destacados de uma decisão judicial, ao contrário, é parte da conformação do juízo e incidirão na fundamentação e dispositivo da sentença. Para MacCormick não há que se negar essa relação, pois é ela necessária e indispensável ao desenvolvimento do Direito e a sua aproximação do ideal de justiça a ser materializado na sentença, mais ainda pensando em um tempo pós-positivista.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo; Saraiva, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em 13.09.2012.

---

<sup>37</sup> No preâmbulo da obra Neil MacCormick assim classifica a sua teoria. (ver p. XVIII)