

Copyright © 2014 Editora Manole Ltda., por meio de contrato com o autor.

Editor-gestor: Walter Luiz Coutinho  
Editora responsável: Sônia Midori Fujiyoshi  
Produção editorial: Luiza Bonfim, Rodrigo Botelho  
Editora de arte: Deborah Sayuri Takaishi  
Capa: Daniel Justi  
Imagem da capa: Visipix + Sxc.hu  
Projeto gráfico: André Stefanini  
Diagramação: Luargraf Serv. Gráficos Ltda.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

---

Ferraz Junior, Tercio Sampaio  
Argumentação Jurídica / Tercio Sampaio Ferraz Jr. –  
Barueri, SP: Manole, 2014.

Bibliografia.  
ISBN 978-85-204-3991-3

1. Argumentação forense 2. Estado de Direito  
3. Estado Social 4. Legitimidade 5. Princípio da  
proporcionalidade 6. Princípio da razoabilidade  
7. Processo judicial I. Título.

14-03393

CDU-34: 16

---

Índice para catálogo sistemático:

1. Argumentação jurídica 34:16

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, por qualquer processo,  
sem a permissão expressa dos editores.

É proibida a reprodução por xerox.

A Editora Manole é filiada à ABDR – Associação Brasileira de Direitos Reprográficos.

Edição – 2014

Editora Manole Ltda.  
Avenida Ceci, 672 – Tamboré | 06460-120 – Barueri – SP – Brasil  
Tel.: (11) 4196-6000 – Fax: (11) 4196-6021 | [www.manole.com.br](http://www.manole.com.br) | [info@manole.com.br](mailto:info@manole.com.br)

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

Este livro contempla as regras do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa  
de 1990, que entrou em vigor no Brasil em 2009.

## **VI. ARGUMENTAÇÃO RACIONAL E PROCEDIMENTO ARGUMENTATIVO**

Na cultura do código, o controle da decisão por meio de procedimentos institucionalizados (a burocratização das decisões nas sociedades modernas é um exemplo típico do que estamos falando) neutraliza, assim, a pressão dos fenômenos sociais sobre o sistema jurídico. Nos procedimentos, todos agimos de acordo com papéis sociais institucionalizados. No processo judicial, somos partes ou agentes judiciais ou advogados ou juízes; em um procedimento privado, somos credores e devedores ou partes contratuais, ou funcionários da burocracia empresarial. Os papéis sociais garantem a interação contínua, pois, configurados socialmente de antemão, por meio deles nos identificamos sem a necessidade de nos conhecermos, primariamente, como pessoas (concretas, isto é, como um feixe unitário de papéis que se comunicam). O próprio sistema, assim, encarrega-se de constituir símbolos que configuram os papéis e lhes impõe uma espécie de dever de consistência (quem assume um papel não pode trocá-lo arbitrariamente, sob pena de configurar má-fé ou de conduzir a uma incompetência etc. – por exemplo, quem se apresente como devedor não pode, injustificadamente, aparecer como credor). Embora, nos procedimentos decisórios, não se possam ignorar os chamados “contatos pessoais”, as “boas relações” (plano dos fatos que sociologicamente influem na decisão), o que

conta, em última instância, é o papel assumido, e todo o resto pode aparecer como forma velada de corrupção. Segue-se também a exigência de que as decisões ocorram conforme uma linguagem técnica, que mesmo as declarações na língua natural sejam protocoladas, para que a distância entre o procedimento e a relação social fique marcada e a decisão possa ocorrer conforme o direito. O que se decide é o conflito institucionalizado, o qual não admite escaladas e deve ser tratado dentro do sistema.

Essas considerações nos fazem entender como se distribui a carga da responsabilidade pela decisão. Decisões, de modo geral, podem ser programadas procedimentalmente: a) fixando-se previamente os meios, deixando em aberto as consequências; ou b) fixando-se as consequências a serem atingidas, deixando-se em aberto os meios utilizáveis. No primeiro caso, temos uma *programação condicional*; no segundo, uma *programação finalística*.<sup>1</sup> Na programação condicional, a responsabilidade do decisor é pelo correto uso e aproveitamento dos meios: se a consequência é atingida ou não, se há a ocorrência de desvio, porque se objetivou uma finalidade e se obteve outra, o decisor não suporta a carga da consequência. Já na programação finalística, o decisor é responsável pelo atingimento da finalidade. Por isso, suporta toda a carga de uma correta busca dos meios, havendo entre meios e fins uma solidariedade não ignorável.

Pois bem, nos sistemas jurídicos positivados e burocratizados, há forte predomínio de programações condicionais, posto que o sistema normativo aparece, primordialmente, como conjunto de normas que estabelecem os procedimentos dentro dos quais as decisões são reconhecidas como vinculantes. Não obstante, aspectos finalísticos não podem ser desprezados, pois, como vimos, as considerações sobre o *telos* nunca desaparecem, nem podem ser ignoradas totalmente, mesmo

---

1 Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, v. 2, p. 227 (há tradução para o português).

quando apontam para valores difusos como a justiça, o bem comum, o interesse social etc. No entanto, a prevalência da programação condicional faz da decisão jurídica um procedimento em que o cuidado com as práticas burocráticas acabe por ter uma enorme relevância.

As situações, porém, variam um pouco quando pensamos, por exemplo, na diferença entre as decisões prolatadas por juízes (marcadamente condicionais: o juiz é responsável pelo correto emprego dos preceitos normativos de direito substantivo e processual – proibição da decisão *contra legem*) e as decisões que ocorrem em juízos arbitrais, em que os árbitros se sentem dominados pela finalidade e são responsáveis na medida em que os fins colimados sejam atingidos com o mínimo possível de perturbação, ou o máximo possível de acordo. Por isso mesmo, a argumentação jurídica, no caso da decisão pelo magistrado (ou no caso de decisões administrativas), reforça as considerações formais, insiste no respeito ao direito posto mesmo em detrimento do aproveitamento das condicionantes de fato, enquanto nos juízos arbitrais prevalece o apelo a argumentos teleológicos e valorativos, à justiça do caso concreto, mesmo que isso ocorra em detrimento das condições legais. Daí, em muitos contratos, a expressa proibição de que, em caso de arbitragem, os árbitros recorram à equidade.

Na decisão jurídica temos, pois, um procedimento racional. Quem decide ou quem colabora para a tomada de decisão apela ao atendimento de outrem. O decidir juridicamente exige fundamentação. Não deve apenas ser provado, mas comprovado. Essa comprovação não significa necessariamente consenso ou acordo, mas sim que são obedecidas regras *sobre* a obtenção do consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional).

Da argumentação para a obtenção das decisões segue um procedimento que obedece a um padrão argumentativo tradicional.

Veja-se o que se passa com o discurso judiciário. Propomos que se distinga aí uma tópica *material* de uma tópica *formal*.<sup>2</sup> A primeira constitui um conjunto de regras referentes à argumentação dos participantes, que têm em vista seus interesses subjetivos. Postula-se que há, nesse tipo de discurso, uma espécie de obrigação de manifestação da própria imagem. Daí decorre que, ao se manifestarem, os participantes podem fazê-lo de modo *peçoal* ou *impessoal*. Pessoais são as manifestações que, em tese, cabem a quem se manifesta na sua integralidade. Impessoais são aquelas que cabem apenas no papel exercido pela pessoa na circunstância. Assim, por exemplo, as partes (não profissionais, no processo jurídico) tendem a manifestar-se pessoalmente e, para isso, valem-se de uma tópica material que permite conduzir a argumentação de modo a antecipar-se a decisão e seus fundamentos materiais. Assim, elas podem apresentar-se como indefesas, ingênuas, honestas, injustiçadas, pessoas comuns, tipos diferentes, de boa-fé, com interesses conforme o bem comum etc. Já os participantes profissionais (juiz, advogado etc.) tendem a manifestar-se impessoalmente, valendo-se de uma tópica material em que se privilegiam lugares-comuns, como serenidade, imparcialidade, interesse da justiça, responsabilidade, profissionalidade etc. Ao mesmo tempo, o discurso é guiado por uma tópica formal, que constitui um conjunto de regras capazes de conduzir a argumentação, tendo em vista o processo objetivamente considerado. Desenvolvem-se, assim, *topoi* de argumentação que dizem respeito ao ônus da prova, à ordem dos recursos, à forma dos arrazoados e das sentenças, como a exigência de pertinência, de clareza, de consequencialidade, que permitem à argumentação uma antecipação do que irá suceder e que orientam a ordem dos argumentos, dando o senso de oportunidade, a possibilidade de avaliar a força persuasiva etc.

---

2 Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 298 e segs.

Como técnica de pensamento, a tópica (material e formal) leva a argumentação judicial a um jogo em que ocorre o uso abundante das distinções, das redefinições de velhos conceitos, das analogias, das interpretações extensivas, das retorsões, das ironias, da exploração técnica das ambiguidades, das vaguezas, das presunções, tudo conforme uma técnica argumentativa tradicional.