

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

TÁRIK FRANÇA SILVA

A TÓPICA COMO TÉCNICA ARGUMENTATIVA DO JUÍZO SOLIPSISTA

Juiz de Fora  
2016

## A TÓPICA COMO TÉCNICA ARGUMENTATIVA DO JUÍZO SOLIPSISTA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do Prof. Dr. Dhenis Cruz Madeira.

Juiz de Fora  
2016

## FOLHA DE AVALIAÇÃO

TÁRIK FRANÇA SILVA

### A TÓPICA COMO TÉCNICA ARGUMENTATIVA DO JUÍZO SOLIPSISTA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientador: Prof. Dr. Dhenis Cruz Madeira  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Me. Karol Araújo Dúrço  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Dr. Bruno Amaro Lacerda  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

Juiz de Fora, 01º de dezembro de 2016

Este trabalho é dedicado a todos que vêm a palavra como fonte que determina as potencialidades individuais.

Agradeço à minha família, base de todas as conquistas. Aos amigos, pelas conversas. Ao professor orientador Dhenis, por ter me ajudado na escolha do tema e ao seu desenvolvimento. Agradeço, também, à minha companhia de todas as horas Priscilla, pela ajuda incondicional e por sempre acreditar no meu trabalho. À magistrada Ada Helena, pelo aprendizado diário. Agradeço, ainda, à existência, pois sem ela nada seria possível.

## RESUMO

O presente trabalho pretende contribuir para a pesquisa científica, na medida em que passar-se-á à investigação acerca da utilização da tópica no discurso processual. Suscita-se que a utilização desta técnica argumentativa não se apresenta condizente ao Estado Democrático de Direito, uma vez que se apoia em “opiniões dominantes”, com “aceitação geral e popular”, emanada por pessoas tidas como “sábias” e “famosas”, potencialmente resultando no solipsismo judicial. Serão utilizadas explicações acerca de modalidades discursivas em que a tópica está presente, bem como a posição de autores como Aristóteles e Theodor Viehweg, que trouxeram importante delimitação teórica do tema. Em seguida, já com a definição dos princípios que gerem o processo no Estado Democrático de Direito serão apresentados exemplos empíricos demonstrando que a utilização da tópica pode, até mesmo, servir como alicerce à não aplicação de uma norma jurídica plenamente adaptável ao caso concreto, o que padece de maiores esclarecimentos.

Palavras chaves: discurso processual; técnica argumentativa; tópica; solipsismo judicial.

## ABSTRACT

The present study intends to be a contribution to scientific research, as it is concerned with investigating the use of *topoi* in the legal discourse on procedural law. It is highlighted that the use of this argumentative technique reveals itself to be in discordance with the very concept of a rule-based democracy, since it stands upon the idea of “dominant opinions”, with “general public acceptance”, expressed by “wise’ and “famous” people, thus, potentially leading to judicial solipsism. There will be explanations about discursive methods in which *topoi* play significant roles, along with insights to the works of Aristotle and Theodor Viehweg, who brought a significant theoretical delimitation to the argument. Furthermore, having defined the inspiring principals that govern procedural law in a rule-based democracy, empirical examples will be brought to demonstrate how the resort to *topoi* as a means of justification can lead to situations as far as a legal rule, perfectly fit to a concrete situation, being nonetheless disregarded, hence calling for some further explanation.

Key words: discourse on procedural law, argumentative technique, *topoi*, judicial solipsism.

## Sumário

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	DOS DISCURSOS DIALÉTICO E RETÓRICO ARISTOTÉLICOS.....	3
2.1	A Dialética Aristotélica.....	4
2.2	A Retórica Aristotélica.....	7
3	A ANTIGUIDADE E A MODERNIDADE: A TÓPICA DE ARISTÓTELES E VIEHWEG.....	11
3.1	A Tópica de Aristóteles.....	11
3.1.1	Considerações acerca da petição de princípio (Petitio Principii).....	15
3.1.2	A desestruturação do silogismo pela contingência.....	17
3.2	A tópica de Viehweg.....	18
4	AS CARACTERÍSTICAS DO DISCURSO PROCESSUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	25
5	PRINCÍPIOS JURÍDICOS DO DISCURSO PROCESSUAL.....	30
5.1	Princípio da Formalização Argumentativa.....	30
5.2	Princípio da Objetividade Argumentativa.....	31
5.3	Princípio da Correlação Lógica dos Argumentos.....	35
5.4	Princípio da Lealdade Processual.....	35
6	A UTILIZAÇÃO DA TÓPICA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	38
7	CONCLUSÃO.....	42
	REFERÊNCIAS.....	44



## 1 INTRODUÇÃO

O que move o início de uma pesquisa é a constatação de uma situação que cause inquietude, que enseje dúvidas. Uma situação no qual o saber vigente não é capaz de responder tais questões.

Neste cenário, adveio a ideia desta investigação, em que terá por objeto o tema da aplicação da tópica nos tribunais brasileiros. Tal se dará por amostragem, como forma de elucidar a utilização da técnica argumentativa.

Sabe-se ser o direito uma ciência que perpassa, inevitavelmente, pela linguagem e que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas. Todavia, o fato que levantou os maiores questionamentos em relação à esta pesquisa foi como deveria ser, de fato, promovida a fundamentação das decisões judiciais. Quais seriam os parâmetros ou técnicas argumentativas passíveis de serem utilizadas, tendo o paradigma atual, ou seja, o Estado Democrático de Direito como direcionamento a ser seguido.

Aqui não se pretende discorrer sobre todas as técnicas argumentativas, mas tão somente algumas considerações sobre a Tópica, que, em poucas palavras, seria uma forma de argumentar com base em opiniões de aceitação geral. Os “lugares comuns” da argumentação, que são utilizados nos discursos dialético e retórico, os quais, possuem uma série de pressupostos para sua instauração, conforme será visto.

Na área jurídica é possível encontrar exemplos de argumentos tópicos, tais como “*in dubio pro reo*”, “interesse público”, “não tirar proveito da própria ilicitude”, “a maioria decide” (MADEIRA, 2014, p.22).

Tais expressões, que ensejam posicionamentos contingenciais, são popularmente aceitas. A sua utilização é amplamente empregada na prática forense, seja para convencer o interlocutor, seja para solucionar problemas específicos inseridos no discurso jurídico.

A opção metodológica empregada foi a de analisar as formas discursivas em que a tópica pode ser empregada, ou seja, a retórica e a dialética. A importância desta

consideração inicial do estudo se apresenta na medida em que a tópica não é uma espécie de discurso, mas um auxílio argumentativo ao discurso dialético e retórico, com base nas opiniões ilustres, de pessoas ilustres.

Será analisada a tópica passando por Aristóteles. Em seguida, Theodor Viehweg e a inserção da técnica no mundo jurídico, tendo o fechamento com base em Dhenis Cruz Madeira, que defendeu a sua incompatibilidade como técnica argumentativa utilizada no Estado Democrático de Direito e seus princípios processuais, seja pela dificuldade de sua utilização de forma tal como fora concebida, respeitados todos os seus requisitos; seja por meio de uma utilização em que todos os pressupostos não forem observados, o que poderá ocasionar uma decisão judicial subjetiva, solipsista, que podem ser definidas como decisões em que a decisão é baseada com base nos sentidos inerentes ao julgador, como se existisse apenas a sua concepção de realidade, pelo que poderá, até mesmo, discorrer de forma a contrariar disposições normativas.

Tentar-se-á, nos limites da capacidade do autor, expor o tema de forma clara e objetiva, demonstrando a sua utilização prática e teórica, com o desiderato de contribuir para as ciências jurídicas.

## 2 DOS DISCURSOS DIALÉTICO E RETÓRICO ARISTOTÉLICOS

Para um melhor entendimento acerca da tópica, é necessário que sejam traçadas algumas diferenças entre o discurso dialético e retórico.

Em qualquer modalidade de discurso há um termo inicial e um termo final. As proposições passam por um deslocamento de um ponto para o outro até que se chegue à conclusão.

Esta conclusão pode ser, independente da modalidade do discurso, algo dirigido no sentido de promover a modificação do destinatário, em que se pode destacar:

É preciso perceber, também, que todo orador, independentemente da modalidade discursiva que utilize, dirige seu discurso a alguém, a quem se costuma chamar de ouvinte, auditório ou interlocutor. Em todos os tipos de discurso, o orador sempre objetiva modificar o ouvinte, o auditório ou o interlocutor de algum modo, passando-lhes alguma informação, aumentando seu conhecimento, alterando sua opinião, fazendo-os sentirem alguma emoção etc. em seu discurso, um candidato, por exemplo, procura convencer o eleitor de que merece seu voto; um vendedor tenta convencer o consumidor de que seu produto é bom, útil e merece ser comprado; um professor procura ensinar a seu aluno algo que não sabe etc. Em todos os exemplos, portanto, fica evidente que o orador apresenta seu discurso com o objetivo de modificar o ouvinte, fazendo com que este se movimente de um ponto para o outro (v.g, vote, compre, aprenda) (MADEIRA, 2014, p.119-120).

Há aqueles discursos em que o ouvinte assume posição passiva quanto ao discurso, tal como numa palestra. Outras, no entanto, fazem com que as partes envolvidas no discurso estejam mais aproximadas da bilateralidade.

Com isso, quer-se dizer que o discurso pode ser algo construído em conjunto, como forma de se chegar a um objetivo final, em que vários são os atores envolvidos na construção do resultado. Por outro lado, o discurso também pode se apresentar como algo que se aproxime mais da unilateralidade, em que uma das partes detém o monopólio da fala, e, portanto, do poder de influenciar com a palavra.

Ademais, os discursos se diferenciam pelo seu objetivo, tal se dá, também, em função da natureza de suas premissas, dotadas de maior ou menor credibilidade.

Assim, deseja-se com o presente capítulo demonstrar que a tópica é passível de ser utilizada tanto no discurso dialético, quanto no discurso retórico.

É importante destacar, em consonância com a citação acima, que serão adotadas expressões como *ouvinte*, *auditório*, *interlocutor* sem grandes diferenciações semânticas, visto que em todo discurso há, de um lado, um orador que o inicia e, de outro, um ou mais ouvintes que participam em maior ou menor grau do discurso, conforme sua natureza. Importante é que esteja claro haverem dois lados em todos os discursos.

## 2.1 A Dialética Aristotélica

Originariamente, dialética pressupõe diálogo, discussão (AMADO, 2006) ou, até mesmo, discurso (aqui verificada tanto numa ideia de diálogo como de discussão). Todavia, a partir dos pensadores gregos Sócrates, Platão e Aristóteles, o conceito foi tomando maiores proporções, podendo apresentado como um discurso com nuances e objetivos próprios. Não é, portanto, um mero diálogo, mas uma forma de pensar, um jeito de raciocinar.

Aristóteles trata a dialética como a *lógica do provável*, assumidamente alicerçada por silogismos. Apenas a título comparativo, pode-se perceber que a dialética platônica, a seu turno, tinha por objetivo a pesquisa empírica, baseando-se em raciocínios indutivos e sintéticos. Para Platão, a dialética não era uma técnica persuasiva, mas um método para alcançar a verdade (VOLPI, 2009).

No que tange à dialética aristotélica (a qual interessa ao presente estudo), os silogismos eram utilizados como alicerce de todo o discurso. Apesar disso, não será possível afirmar que tais silogismos adquiriam aceitabilidade científica, empírica, ao ponto de serem concebidos como imanentes a um raciocínio apodítico (demonstrativo), visto que ao invés de partirem de premissas verdadeiras, partem, na verdade, de premissas prováveis, que são as opiniões aceitas por todos, pela maioria ou pelos mais sábios e ilustres (ARISTÓTELES, 2005).

Em relação ao exposto, tais *opiniões* são chamadas de *endoxa* (VIEHWEG 2008). Este termo é derivado da locução, também de origem grega, *doxa*, significando *crença ou opinião mantida popularmente* (MADEIRA, 2014). A *endoxa* seria uma opinião submetida às discussões da *pólis* dentre as mais aceitáveis entre os mais velhos e sábios, ou pela opinião do grupo dominante, que exercia a cidadania grega (HEGENBERG 2009). A *endoxa*, portanto, encontra sua formação nas opiniões emitidas por aqueles que detêm fama, reputação, glória, notabilidade, eminência (BITTAR, 2003). A *endoxa* não é uma premissa necessariamente verdadeira, apesar de poder ser em alguns casos. O mais relevante para a sua apresentação no discurso dialético aristotélico é que a premissa seja passível de aceitabilidade entre os interlocutores. Sendo assim, as conclusões que se chegarem também serão aceitáveis por todos, ou pela maioria ou pelos mais sábios e notáveis.

De antemão, portanto, conclui-se que a diferença entre a *endoxa* e os *topoi* é que, enquanto a primeira funciona como premissa do discurso, os *topoi* são inseridos no discurso para que se chegue a uma solução dos problemas colocados em análise, conforme será melhor elucidado mais adiante.

Assim, em Aristóteles, a dialética é o raciocínio silogístico que tem por sustentáculo opiniões “ilustres”. Não tem por objetivo a busca da verdade, mas almeja uma solução plausível, aceitável, dada a natureza de suas premissas. Dito isso, fica mais perceptível que certamente a tópica pode ser utilizada na dialética aristotélica – lógica do provável –, ao contrário da dialética platônica, em que se busca a verdade, a não demanda maiores considerações em relação ao presente estudo. A característica peculiar da *endoxa*, portanto, é a de serem premissas fundamentadas num raciocínio dialético, retórico aristotélico e, conseqüentemente, tópico.

Aristóteles aborda o raciocínio dialético como um discurso *intersubjetivo*, dependente da existência de um interlocutor, visto que é baseado numa troca argumentativa e na aceitação prévia e consensual das premissas. Outra característica essencial se apresenta como um princípio ético. Isso quer dizer que se as partes utilizarem argumentos esdrúxulos, por exemplo, com o intuito de ludibriar o interlocutor, é possível dizer que a dialética não existiu. Sendo assim, conseqüentemente o mesmo ocorrerá com a tópica, ou seja, caso as partes não tenham um diálogo, com premissas aceitas previamente e regidas pela boa-fé, ou seja, casos as partes não

se encontrem numa situação de buscarem um compromisso ético, assumindo, por exemplo, que o outro tenha razão quando assim o seja, a tópica também não poderá estar presente.

Nesta ótica, de argumentos razoáveis, seria sem serventia criar uma proposição partindo de algo que não encontra aceitação, assim como seria desnecessário criar um problema que partisse em relação a algo que não suscite dúvidas a ninguém (ARISTÓTELES, 2005). Por isso, e mais uma vez, diz-se que a dialética deve partir de algo admitido por todos, pela maioria ou pelos mais sábios e famosos. Assim, para o pensador grego, tanto a proposição dialética quanto o problema dialético também se encontram unidos à opinião de todos, da maioria ou dos mais sábios, ou seja, ligam-se à *endoxa*.

A análise de discursos contrários, ademais, seria útil para embasar ou eliminar uma proposição, também podendo ser utilizada como meio de disputa em relação ao argumento adversário, visto que será possível desmistificar um argumento falho, ao mesmo tempo em que se constrói subsídio para os *topoi* (BITTAR, 2003). Conforme MADEIRA (2014, p128) “Se se analisar o argumento *o homem é um animal*, e um argumento baseado em seu contrário *a pedra não é um animal*, chegar-se-á à conclusão de que *a pedra não é homem*”.

Ainda no que tange a dialética aristotélica, o filósofo destaca que a participação no discurso não é vulgar ou praticada por todos, mas pressupõe que os interlocutores tenham algum conhecimento prévio e sejam notáveis na arte da percepção. Da mesma forma, os problemas postos também não seriam da ordem dos simplórios, mas os mais restritos e complexos, geradores de dúvidas entre mais sábios, entre aqueles que são ilustrados. Neste terreno mais diferenciado, germina a retórica e, portanto, a tópica.

Também é importante asseverar que a dialética costuma se utilizar tanto da indução quanto da dedução (Aristóteles, 2005 e Viehweg, 2008). O primeiro é um processo mental que se inicia de dados particulares, bem localizados, que se dirigem para confirmações gerais. Se todas as premissas forem verdadeiras a conclusão provavelmente -mas não necessariamente-, também será. Em relação ao raciocínio dedutivo, pode-se dizer que é um processo cognitivo que parte da veracidade das

premissas, enseja a probabilidade da veracidade da conclusão, visto que todo conteúdo da conclusão já estava, ao menos de forma implícita, presente nas premissas (MIRACY, 2015).

Em Aristóteles, a indução se dá, sobretudo, pela *endoxa*, visto que é formada pelas opiniões de todos, da maioria ou dos mais sábios. Assim, sua função não está na explicação dos motivos que ensejaram a fundamentação do silogismo, mas é um *fato aceitável* que orienta ao raciocínio.

A ciência seria necessariamente demonstrativa, o que também não ocorre com a dialética e com a retórica. Todavia, a dialética não se situa totalmente inserida neste ou naquele ambiente, visto que é *indutiva* quando parte da *endoxa*, sendo, também, *dedutiva*, visto que não despreza o silogismo, conseqüentemente, a relação entre as premissas (ARISTÓTELES, 2005).

No mais, também impende mencionar que o discurso dialético não tem o objetivo central de persuadir, mas o orador e o ouvinte querem, juntos, chegar a uma conclusão. Assim, não se tem uma busca desenfreada objetivando vencer ao debate.

Ante ao exposto, já se pode afirmar que na dialética aristotélica o ouvinte não tem uma atitude passiva frente ao discurso, da mesma forma em que o orador não é o único protagonista, ao contrário, ambos trocam de posição ao longo deste discurso, sendo sempre uma construção bilateral em busca de uma conclusão apoiada em premissas com maior aceitabilidade.

A par das considerações, é possível perceber o porquê de a *endoxa* ser o conceito basilar de todo o discurso dialético, retórico e, portanto, tópico.

## **2.2A Retórica Aristotélica**

A retórica já existia muito antes dos escritos aristotélicos, visto que os sofistas viam em tais discursos uma técnica argumentativa notória no que se refere a prática política na Grécia Antiga (MADEIRA, 2014). Aristóteles, sequer entende o argumento dos sofistas como retóricos, mas os designou por simplesmente *sofísticos* ou

*falaciosos*, visto que consistiriam em argumentos arditos e enganosos com o fim único de persuadir (ABBAGNANO, 2007). Esta diferença de conceitos é essencial para entender os escritos destinados ao capítulo chamado de *Refutações Sofísticas*, sendo este o trabalho final que compõe o livro *Órganon*.

Dando um caráter mais científico para a retórica, afirma-se que a dialética e mesmo a retórica se baseiam na *endoxa*, as opiniões de aceitação geral, que podem ser construídas pela via da *entimema* – silogismos fundados por meio da *endoxa*, ou seja, de opiniões aceitáveis, mas que não são, necessariamente, verdades.

Cabe repisar que tanto a dialética quanto a retórica não têm por objetivação primordial alcançar a verdade, apesar de dela poder ser observada em alguns casos. Os interlocutores não têm por certo que a *endoxa* corresponda a uma alegação verdadeira. Nisso, os raciocínios dialéticos e retóricos permeiam a *conclusão provável e verossímil*, que é *aceita* por todos, pela maioria ou pelos mais sábios e famosos, ao contrário dos sofistas, que buscam convencer a qualquer preço, usando até mesmo argumentos inverídicos e alheios a boa-fé.

Fato é que para se estabelecer as diferenças e semelhanças entre a dialética e a retórica é necessária uma análise mais detalhada acerca dos escritos aristotélicos. É possível afirmar, ainda, que há uma ligação entre os textos do *Órganon* e os que fazem parte da *Arte Retórica e Arte Poética* (MADEIRA, 2014).

Pontos comuns entre as duas formas argumentativas – dialética e retórica –, é que ambas se baseiam na *endoxa* e elaboram o *entimema*. Ou seja, a retórica também se vale do silogismo que usa, como premissa, as opiniões mais aceitáveis. Da mesma forma que a dialética, a retórica também exige uma aceitação prévia dessas premissas entre os interlocutores, bem como um compromisso ético entre ambos. No mais, assim como na dialética, a retórica lida com proposições contingenciais e não exclusivamente com premissas necessárias.

Relativamente às diferenças, enquanto a dialética busca uma solução *provável*, a retórica se satisfaz com uma solução *verossímil*. Da mesma forma seus argumentos. No discurso retórico basta que sejam verossímeis. O verossímil aqui estampado, contudo, não chega a ser tamanho que se possa dizer que está inserido dentro de

um raciocínio demonstrativo, apodítico. Em verdade, ele *imita* a verdade, sendo que o argumento apodítico seria verdadeiro em si, daí sua maior utilização no ramo das ciências exatas, tais como a física e a matemática. Também é importante destacar que o objetivo do discurso retórico é sempre uma situação prática, ao passo que a dialética tem por preponderante esclarecer alguma questão posta em discurso. Ainda, relativamente a retórica, o interlocutor não está numa posição idêntica à do orador, sendo possível mencionar que este discurso está mais próximo da unilateralidade do que da bilateralidade, como o é a dialética.

Pode-se exemplificar o uso de um argumento retórico verossímil basta mencionar que o advogado procura argumentar que seu cliente é *inocente*, e não *provavelmente inocente*, ainda que os elementos de prova não sejam suficientes para embasar a afirmação.

Já naquela época, o pensador grego também se preocupava com a as leis. Relatou que caso fossem bem estabelecidas, haveriam menor margem para a decisão do juiz. Asseverou que uma norma, ao ser redigida, conta com um processo no qual muitas pessoas estão envolvidas, ao contrário da decisão judicial, que é emanada por uma ou um pequeno grupo de pessoas. No mais, as normas são produzidas após um longo processo legislativo, ao contrário, também, da decisão judicial. Por fim, apesar de mais relevante, o pensador grego anota que a norma abrange situações mais referentes ao futuro e ao geral, ao passo que as decisões judiciais são alinhavadas a partir do caso concreto. Neste cenário, o julgador pode estar sujeito as intempéries dos sentimentos, tais como a amizade, o ódio e a utilidade pessoal, donde sua opinião estaria obscurecida por sentimentos pessoais de alegria ou de dor. Permita-se acrescentar que nuances e pensamentos que permeiam o raciocínio do julgador variam de pessoa para pessoa e até mesmo em relação a sua faixa etária (ARISTÓTELES, 2005).

Visto isso, chegamos ao ponto de afirmar que a retórica trata de situações contingenciais, em que a fala deve ser adaptada ao público, as características inerentes ao auditório, podendo até mesmo fugir do rigor silogístico dedutivo, no intuito de convencer, persuadir (ARISTÓTELES, 2005), sendo que arte retórica é adaptada ao psicológico do interlocutor.

Aristóteles, em sua obra *Arte Retórica* e *Arte Poética*, diz que sua retórica almeja diferenciar quais argumentos são, de fato, persuasivos e quais só o são na aparência, ao passo que a dialética, por sua vez, pressupõe a busca pelo silogismo verdadeiro em detrimento do silogismo aparente (ARISTÓTELES, 2005). Este seria o caráter científico ao qual se ocupou, chegando a recomendar o uso da indução quando o interlocutor é leigo, visto que é de mais fácil visualização, ao passo que com os sábios deverá ser usada a dialética e a retórica. Ainda sobre o tema, assim se manifestou:

Assentemos que a Retórica é a faculdade de ver teoricamente o que, em cada caso, pode ser capaz de gerar a persuasão. Nenhuma outra arte possui esta função, porque as demais artes têm, sobre o objeto que lhes é próprio, a possibilidade de instituir a de persuadir; por exemplo, a Medicina, sobre o que interessa à saúde e à doença, e Geometria, sobre as variações das grandezas, a Aritmética, sobre o número; e o mesmo acontece com as outras artes e ciências. Mas a Retórica parece ser capaz de, por assim dizer, no concernente a uma dada questão, descobrir o que é próprio para persuadir. Por isso dizemos que ela não aplica suas regras a um gênero próprio e determinado (2005, p.33).

A efetividade da retórica, ainda, se evidencia na medida em que o orador consegue fazer com que o seu interlocutor tome determinada atitude frente a algo preterido, de antemão, pelo próprio orador. A adesão se dá, sobretudo, por uma certa confiança ou simpatia em relação ao orador (CARVALHO, 2006).

### **3 A ANTIGUIDADE E A MODERNIDADE: A TÓPICA DE ARISTÓTELES E VIEHWEG**

O trajeto percorrido pela tópica, desde a sua formulação de conceitos e premissas em Aristóteles, dotado de uma carga eminentemente filosófica, até a apropriação realizada pela ciência jurídica, em Viehweg, foi longo. Justamente por isso, apresenta-se pertinente a apresentação do filósofo que apresentou as bases teóricas da tópica, bem como o principal jurista a influenciar o alinhamento entre tópica e Direito.

Diversos estudantes deste tema exerceram influência distinta na formulação e desenvolvimento da tópica. Cada um, a seu modo, trouxe contribuições ao desenvolvimento do tema. Todavia, pela opção metodológica da presente pesquisa, serão mencionados apenas Aristóteles e Theodor Viehweg, o que não é pouco, tampouco causará prejuízos ao entendimento acerca do tema, conforme será observado.

Cumprir mencionar que a ordem dos pensadores é apenas cronológica, e não em relação à maior ou menor completude em relação à forma com que abordaram o tema. No mais, também não se pretende dar maior destaque a críticas em relação as teorias apresentadas, mas, justamente, apresentar este tema intrincado e pouco estudado.

#### **3.1 A Tópica de Aristóteles**

Para um melhor entendimento acerca da tópica jurídica, antes é necessário entendê-la como um gênero maior, ou seja, por meio de sua raiz filosófica. Para isso, imprescindível adentrar nos escritos de Aristóteles, sendo que, conforme já mencionado, é o pensador grego a pessoa de quem se sabe ter a contribuição mais antiga sobre a técnica argumentativa, sendo o primeiro a sistematizá-la, não se podendo afirmar quem, de fato, foi o criador da técnica argumentativa (MADEIRA, 2014). Há ainda quem defenda que foi Aristóteles quem atribuiu o nome “tópica” à técnica (VIEHWEG, 2008).

*Tópicos* é uma das seis obras que compõem, sucessivamente, uma coletânea de escritos que deu origem ao *Órganon*. Os *tópicos* são constituídos por oito livros, que levaram a apontar o filósofo grego como o responsável pelo nome *tópica*. Tais escritos são uma obra de alta complexidade, bastante técnica, em que o autor trata do tema de forma direta, lacônica.

Em suma, *Órganon* é uma reunião de textos lógicos em que está inserida a obra *Tópicos*, que, a seu turno, trata do discurso dialético, gênero discurso ao qual a *tópica* pode ser utilizada como espécie argumentativa. Como já dito, ela também pode ser utilizada no discurso retórico.

Apesar da resultante dificuldade de tradução e compreensão acerca dos escritos antigos, esta obra se apresenta como um marco na história da argumentação, sendo que, nas palavras do próprio filósofo, o seu trabalho seria:

O propósito deste tratado é descobrir um método que nos capacite a raciocinar, a partir de opiniões de aceitação geral, acerca de qualquer problema que se apresente diante de nós e nos habilite, na sustentação de um argumento a nos esquivar da enunciação de qualquer coisa que o contrarie (2005, p. 347).

Dessa forma, pode-se concluir que um problema só é concluído corretamente com base na *endoxa* –opiniões mais adequadas, aceitáveis. Isso é visto quer seja como forma de demonstrar um problema, quer seja como forma de defender uma situação.

As conclusões dialéticas são distintas das de outros gêneros, em função de suas conclusões estarem ligadas diretamente a natureza de suas premissas. Dito isso, as conclusões dialéticas são aquelas que adotam como premissas as opiniões respeitáveis, acreditáveis e verossímeis. A aceitação é presumível, ou seja, é a *endoxa*. No mais, Aristóteles afirma que *endoxa* são as proposições que “parecem verdadeiras a todos ou a maior parte ou aos sábios e, também, entre os sábios a todos e a maior parte dos mais conhecidos e respeitados” (ARISTÓTELES, 2005).

Em resumo, a *tópica* objetiva conclusões que decorrem de premissas que parecem verdadeiras, com base numa opinião respeitável.

Neste cenário, lembra-se um pouco sobre a analítica e o silogismo. Analítica é, para Aristóteles, a parte da lógica que tem por objetivo desmembrar declarações que

formam o silogismo. Faz-se uma análise do silogismo com o escopo de identificar a essência de suas premissas e a aceitabilidade ou não, do raciocínio utilizado. Os acertos ou não das premissas estão diretamente relacionados com os acertos ou não das conclusões.

Nos Analíticos Anteriores, terceiro escrito do Órganon, é tratada a diferença entre o silogismo perfeito e o silogismo imperfeito:

O silogismo é uma locução em que, uma vez certas suposições sejam feitas, alguma coisa distinta delas se segue necessariamente devido à mera presença das suposições como tais. Por 'devido à mera presença das posições como tais' entendo que é por causa delas que resulta a conclusão, e por isto quero dizer que não há necessidade de qualquer temo adicional para tomar a conclusão necessária.

Chamo de silogismo perfeito o que nada requer além do que nele está compreendido para evidenciar a necessária conclusão; de imperfeito aquele que requer uma ou mais proposições as quais, ainda que resultem necessariamente dos termos formulados, não estão compreendidas nas premissas (2005, p.112 -113).

O silogismo, como se depreende do exposto, é um raciocínio lógico em que ao se colocar argumentos que são aceitáveis, necessariamente se seguirão outros, que terão relação entre si.

Aristóteles apresentou, na parte final do Tópicos, hipóteses em que os argumentos seriam frágeis e também apresentou incompatibilidades que não se coadunam com o raciocínio lógico. São, assim, observações que visam apresentar a vulnerabilidade interna do uso das técnicas de argumentação dialética.

Uma destas hipóteses é observada na medida em que a conclusão não se relaciona com as perguntas formuladas ou quando se verifica que as premissas não são verdadeiras. No mais, também deve ser observado se o raciocínio é realmente relevante para a confirmação e reforço das proposições apresentadas.

Também deve se analisar a necessidade da utilização das premissas. Aristóteles alerta para a não utilização de premissas desnecessárias ou excessivas, que podem, ao invés de prestigiar, enfraquecer a argumentação. A necessidade, excessiva, de falar, portanto, é vista como um prejuízo ao discurso argumentativo.

Ainda, quando a conclusão é mais aceita e confiável do que as premissas que as geraram, não se deverá se utilizar destas com rigorosidade. Sendo as premissas pouco conhecidas socialmente, o discurso argumentativo sofrerá um enfraquecimento.

O Estagirita também reconhece que, num discurso, existe a possibilidade de se chegar a uma conclusão verdadeira, partindo-se de premissas falsas. Todavia, neste caso específico, não é possível verificar o acerto do raciocínio. Não será possível aferir uma relação lógica entre as premissas e a conclusão se as primeiras são falsas e a segunda é verdadeira, sendo que o seu contrário também se aplica. O próprio pensador grego deixa isto claro no seguinte trecho:

É, portanto, evidente que a primeira coisa a se buscar num argumento ele mesmo é se ele atinge uma conclusão; a segunda coisa, se sua conclusão é verdadeira ou falsa, e a terceira coisa, de quais premissas é ele extraído, pois se for atingido a partir de premissas que são falsas, mas geralmente aceitas, trata-se de um argumento dialético, mas se for atingido a partir de premissas que são verdadeiras, mas geralmente rejeitadas, trata-se de um [argumento] defeituoso, ao passo que, se as premissas forem ambas falsas e inteiramente rejeitadas pela opinião geral, ele é obviamente defeituoso, ou absolutamente ou com referência ao objeto em questão (2005, p.539).

No Livro VIII da *Tópica* o Estagirita volta suas atenções à técnica específica da disputa. Ele menciona que ao se formular uma pergunta, a preocupação inicial deve estar em descobrir qual seria o *topos* argumentativo do qual decorrerá a conclusão dialética. Em seguida, deverá ser feita a formulação de perguntas específicas, colocadas numa determinada ordem que promova, em terceiro, uma adequada apresentação ao adversário como forma derrubar seus argumentos.

De fato, a tarefa no discurso dialético é ordenar adequadamente as perguntas. Porém, o filósofo também menciona que não se pode discutir com qualquer pessoa, pois dependendo do interlocutor a discussão poderá não chegar a um fim razoável (ARISTÓTELES, 2005).

À par da relevância dos estudos realizados pelo Estagirita, dificilmente foi este quem criou a técnica argumentativa partindo de lugar algum. A *tópica* é, na verdade, uma prática argumentativa, ou seja, não se trata de um tema predominantemente teórico, e não algo que fora criado cientificamente, partindo-se de uma teoria. Não parece

ser possível, no entanto, explicitar quem foi o mentor de sua sistematização. Sobre isso, impende anotar algumas barreiras que permitem afirmar com alguma certeza o primeiro a se utilizar do tema. Primeiramente, a tradição grega era voltada para a oralidade. Em segundo lugar, há falta de segurança quanto a autoria dos escritos antigos. Por fim, há o problema em relação a preservação dos escritos e deturpação das ideias dos pensadores da Antiguidade, visto que poderiam haver perseguições ideológicas, bem como queima de livros (MADEIRA, 2014).

Por fim, ante ao até aqui exposto, repisa-se que a tópica de Aristóteles é uma técnica argumentativa da dialética e, se contiver essência persuasiva, à retórica.

No mais, os *topoi* criam uma espécie de precedente, que embasa soluções para casos futuros que envolvam problemas idênticos ou que guardam alguma semelhança.

### **3.1.1 Considerações acerca da petição de princípio (*Petitio Principii*)**

A *petitio principii* é um erro lógico da argumentação silogística. Consiste no fracasso em demonstrar uma proposição necessária. É um fracasso lógico da argumentação silogística. Além de um erro lógico de argumentação, pode se tratar de um uso de premissas falsas deliberado pelo orador, com o fito de persuadir seu interlocutor e fazer com que se chegue, por indução, à conclusão predeterminada (MENDONÇA, 2003). Aristóteles, para demonstrar o que é um argumento falacioso, chega a fazer a seguinte comparação:

Que alguns silogismos o são realmente, enquanto outros parecem ser, mas não o são realmente, é evidente, pois como isso sucede em outros domínios por força de uma certa semelhança entre o verdadeiro e o falso, o mesmo também sucede com os argumentos. Com efeito, algumas pessoas possuem boa condição física enquanto outras possuem meramente aparência disso, por se encherem de si e se vestirem como os coros das tribos; por outro lado, alguns indivíduos são belos devido à sua beleza, ao passo que outros ostentam a aparência da beleza à custa de enfeites (2005, p.545).

O Estagirita foi ainda além ao elencar de forma didática as cinco formas de incorrer a petição de princípio (ARISTÓTELES, 2005). São elas:

A primeira é quando se utiliza do termo para demonstrar o próprio termo. Aqui, premissas e conclusões são idênticas, chegando a se confundirem. Não há esclarecimento sobre o conteúdo discursivo. Seria como dizer, conforme MADEIRA (2014) se utilizando de (MENDONÇA, 2003, p.96), “que o direito feudal é a forma jurídica que vigorou nos feudos”. Como dito, não houve qualquer esclarecimento nesta sentença, ou seja, sequer contribuição para a demonstração de como chegar em tal resultado fora apresentado.

Uma segunda hipótese ocorre quando é utilizado um argumento universal para demonstrar algo que se amolda ao caso particular. Trata-se de uma premissa genérica para a demonstração de algo específico. A título exemplificativo podemos utilizar que “os políticos brasileiros são corruptos” (sentença genérica), visando demonstrar um caso particular “Fulano, político brasileiro, é corrupto” (sentença específica).

Em terceira hipótese acontece o inverso ao ocorrido anteriormente. Parte-se de um particular para demonstrar algo universal. Seguindo o exemplo anterior, para demonstrar que todos os políticos brasileiros são corruptos, usa-se o exemplo de que um determinado político brasileiro é corrupto.

A quarta e penúltima hipótese, num contexto mais atual, é vislumbrada pelo seguinte exemplo de MENDONÇA (2003, p. 96) “Pretender provar que os caminhões são responsáveis por toda a poluição atmosférica, sem ter disponíveis dados a respeito da emissão de poluentes de automóveis, ônibus, barcos e indústrias (...)”. Neste exemplo, é impossível comprovar que os caminhões são os únicos responsáveis pela poluição atmosférica sem analisar a contribuição de outros poluentes quaisquer.

A quinta e última hipótese é aquela em que as postulações se firmam de forma, necessariamente, relacionadas entre si. É o que se observa no exemplo de Aristóteles: “que o lado é incomensurável com a diagonal quando tem ele que demonstrar que a diagonal é incomensurável com o lado” (ARISTÓTELES, 2005, p.540).

Em todas estas hipóteses haverá uma dissonância lógica, passível de críticas. As conclusões poderão ser facilmente refutadas, visto que se tornou claro as formas de utilização, consciente ou não, da petição de princípio.

### **3.1.2 A desestruturação do silogismo pela contingência**

A contingencia é aquilo que pode ser e não ser ao mesmo tempo. Quando se afirma que “o deserto pode estar desabitado”, não se diz que, necessariamente, esteja desabitado. Mas também não se diz, exatamente, que não esteja desabitado. Há uma possibilidade, um juízo de probabilidade, portanto uma contingencia. Aristóteles (2005) chama essas premissas contingenciais de problemáticas ou convertíveis, em que todas as afirmativas num sentido também encontram validação no sentido oposto. Essa falta de segurança quanto a autenticidade da premissa abala o rigor dedutivo do silogismo.

A contingencia vem de encontro ao determinismo, abalando suas premissas. Explica-se. Se se afirmar que “João é calmo” (MADEIRA, 2014), esta afirmação não é determinista, mas contingencial, visto que é traduzida na ideia de que João *está* calmo. João, que quase sempre possui um comportamento calmo, pode ter momentos de ira, não ficando, portanto, mais calmo. Aí encontramos a contingencia. Há um elemento variável que abala o rigor analítico, desestabilizando todo o silogismo. A primeira sentença pode ser correta, não há garantias de que sempre estará correta –João, em algum momento, pode estar calmo *ou* nervoso.

Especificamente em relação ao caso da tópica, não se pode dizer que o filósofo grego abandona o uso da lógica na dialética, já que continua se valendo da relação entre premissas. Todavia, as premissas da dialética, conseqüentemente da tópica, são formadas por *opiniões aceitáveis*.

Os *topoi*, portanto, são dotados de tamanha utilidade nos discursos dialético e retórico, conforme visto. Extrai-se esta conclusão na medida em que se compreende que os *topoi* lidam com as situações contingenciais destes dois discursos, visto que o raciocínio dedutivo, sozinho, não consegue lidar com as situações contingenciais. A tópica surge neste cenário, no intuito de se chegar uma conclusão provável ou

verossímil, aceita socialmente, mas não necessariamente verdadeira ou correta sob o âmbito dedutivo.

### **3.2 A tópica de Viehweg**

Theodor Viehweg é um jurista alemão que viveu durante os anos de 1907 e 1988. Publicou poucos livros, sendo o seu mais famoso publicado após a queda do nazismo, intitulado *Tópica e Jurisprudência (Topik und Jurisprudenz)*.

Viehweg (FERRAZ JÚNIOR, 1979) nasceu em Leipzig (Lípsia), local em que estudou Direito, mas, como ouvinte, participou de seminários de Filosofia de Nicolai Hartmann, em Berlim. Foi juiz de Direito até a Segunda Grande Guerra, período em que ficou desempregado. Após o período de estudos relatado acima, tornou-se livre-docente da Universidade de Munchen (Munique), pelo que passou a lecionar filosofia na Universidade Gutenberg, em Mainz (Mogúncia), cidade onde ocorrera seu óbito. Deixou um grupo de colaboradores e discípulos na *Escola de Mainz*, em que suas pesquisas sobre retórica, semiótica e argumentação jurídica existem até os dias atuais, havendo, ainda, alguns estudos sobre a tópica jurídica.

O autor alemão escreveu a obra em destaque partindo das considerações e pesquisas inerentes à linguística, à lógica e à teoria da comunicação de sua época – (FERRAZ JÚNIOR, 1979), ou seja, no momento histórico em que o positivismo jurídico e o modelo sistemático-dedutivo vinham sendo questionados pelos juristas. A tópica de Viehweg surge como resposta ao modelo sistemático demonstrativo, que se pautar pelo discurso apodítico, partindo de premissas demonstráveis e necessárias. Com a retomada dos discursos dialéticos e retóricos, diminui-se a influência do discurso apodítico e sistemático da ciência do direito.

Viehweg é reconhecidamente um herdeiro da tópica aristotélica. Retomou aos estudos dos gregos e romanos, passando pelas obras de Aristóteles, Cícero; analisou o Direito Romano, dentre outros assuntos. Todavia, se preocupou com um problema não antes abordado: a crise do raciocínio baseada no sistema jurídico dedutivo, apodítico.

Esta forma de pensamento, que predominou até a primeira metade do século XX e até mesmo nos dias atuais encontra grande utilização nos tribunais, se baseia num direito sistematizado. É a redução da norma jurídica ao direito imposto pelo legislador soberano (BOBBIO, 2003). Isso decorre de uma garantia de neutralidade da norma jurídica.

Disso isso, pode-se afirmar, de antemão, que Viehweg defendeu a aplicação da tópica na Ciência Jurídica (que é tratada no idioma alemão como *Jurizprudenz*) (FERRAZ JÚNIOR, 1979). Assim sendo, é importante ressaltar que o termo “jurisprudência”, nos escritos do professor alemão, não nos remete às decisões reiteradas dos tribunais, mas à ciência do Direito.

Viehweg segue Aristóteles ao mencionar que os *topoi* são extraídos da opinião dos mais sábios e famosos (VIEHWEG, 2008). A tópica é dependente de tais opiniões e se apresenta como um fator que equilibrará os discursos não dedutivos.

Os interlocutores devem ter sapiência pessoal. No mais, também deve haver um consenso quanto à verossimilhança das premissas e dos *topoi* que serão utilizados ao longo dos discursos. É o que se extrai do seguinte trecho da obra do jurista alemão:

O que em disputa ficou provado, em virtude da aceitação, é admissível como premissa. Isto pode parecer inicialmente muito arriscado. Porém, é menos inquietante se se tem em conta que os que disputam dispõem de um saber que já experimentou prévia comprovação, seja ela qual for, e que entre pessoas razoáveis só pode contar com aceitação se tiver um determinado peso específico. Desta maneira, a referência ao saber dos ‘melhores e mais famosos’ encontra-se também justificada (2008, p.42-43).

Baseando-se em Aristóteles, Viehweg afirma que a tópica dependeria muito de um interlocutor habilitado.

É de se observar que para a rejeição do modelo sistemático (VIEHWEG, 2008), optou-se por adotar uma confiança nas opiniões que formam a *endoxa*. Há, portanto, uma nítida prevalência da opinião de todos, da maioria e dos mais sábios e notáveis, frente as opiniões emanadas pela minoria ou advindas daqueles que não são

reconhecidamente sábios e famosos. Estes, assim sendo, não são capazes de fazer parte do discurso jurídico, ao menos o tópico.

Os *topoi* não são vistos como um fim em si mesmos, mas necessitam de uma justificativa de sua utilização com base num discurso dialético, no sentido aristotélico. Tais *topoi* terão reconhecimento e legitimidade na medida em que expostos com base nas opiniões emitidas por pessoas com autoridade e reconhecimento pessoal, formando, portanto, a *endoxa*. Assim, a validação dos *topoi* estão diretamente ligadas ao caráter sofocrático, ou seja, o governo dos sábios, sendo que o próprio Viehweg chega a afirmar, analisando o *ius civile*, que as proposições empregadas “*legitimam-se porque foram aceitas por homens notáveis*” (VIEHWEG, 2008, p.53).

Viehweg mostrou preocupação com o modelo puramente sistemático de se pensar o direito e concluiu que os juristas pensam de forma idêntica aos retóricos (VIEHWEG, 2008). Sendo assim, analisadas as características do discurso retórico, pode-se perceber que a tópica jurídica de Viehweg, da mesma forma, é baseada na *endoxa*: objetiva persuadir, exige comprometimento ético entre os interlocutores e necessita de prévio consenso em relação as premissas que serão utilizadas.

O jurista alemão também afirma (VIEHWEG, 2008) que a tópica não pode ser sistematizada. Seria esta uma das características mais importantes, inclusive. A tópica, como forma de fugir das cadeias lógico-dedutivas do sistema jurídico, a estas não liga. Seria este um motivo para que se rejeitasse a sua aplicação por aqueles que adotam o modelo cartesiano de interpretação do direito como o desiderato da Ciência Jurídica.

Para Viehweg (2008), a tópica não poderia ser considerada lógica, observável, nem mesmo metódica. Assim, não se poderia criar um sistema dedutivo rígido de demonstrações, pelo que ela se distancia, e muito, do discurso apodítico. Segundo o autor em destaque, a tópica possui pouco rigor demonstrativo e muito de arbítrio sem forma, amorfo. Não é ela um método, mas um estilo. Nas palavras de Viehweg seria uma atitude espiritual exercida em grau de confiabilidade. Na íntegra:

A tópica prestou, como vimos, grandes serviços à jurisprudência. Porém, como vimos também, faz que a jurisprudência não possa

converter-se em um método, pois só pode chamar-se método um procedimento que seja lógica e rigorosamente verificável e crie um nexu unívoco de fundamentos, quer dizer, um sistema dedutivo.

A jurisprudência, que até que descrevemos, não é um método, mas sim um estilo. Ela tem, como qualquer outro estilo, muito de arbítrio amorfo e muito pouco de demonstração rigorosa. Com alguma aptidão, este estilo é imitável e praticável, alcançando, como atitude espiritual que se exercita um alto grau de confiabilidade. Porém, só o projeto de um sistema dedutivo poderia fazer deste estilo um método (2008, p.71).

Todavia, o autor não deixa muito claro o que quis dizer com “estilo”, nem mesmo “atitude espiritual”. Também não deixa claro o que seria este “alto grau de confiabilidade”. Talvez este se refira ao consenso prévio em relação às *endoxas* e a necessidade de compromisso ético entre os interlocutores.

Apesar disso, Viehweg trata a tópica como algo inevitável ao Direito, especialmente no que tange à sua interpretação. Afirma que

Basta constatar que a tópica se infiltra no sistema jurídico, através da mencionada interpretação, exigida pelo estado efetivo do direito. O pensamento interpretativo tem de mover-se dentro do estilo da tópica (2008, p. 81).

Neste autor, parece não existir interpretação sem a tópica.

Em sua visão, a forma de pensamento natural humana, o tempo todo, tende por romper com o raciocínio silogístico proposto pelo sistema jurídico dedutivo. Toda vez que o homem tentar interpretar uma norma, tenderá a perceber o raciocínio lógico-dedutivo como um desafio a ser vencido. Noutros termos, sempre que tentasse empregar o discurso apodítico, tenderia, naturalmente, ao retórico. É como se a tópica ficasse latente nos recônditos do pensamento do próprio homem, oculta em sua mente, esperando o momento adequado para se manifestar e causar a ruptura do silogismo dedutivo.

Em suas próprias palavras (VIEHWEG, 2008, p.78), afirmou que “Na linguagem natural opera uma tópica oculta. Se se quiser eliminar radicalmente as infiltrações lógicas, será preciso recorrer a um formalismo rigoroso (...)”. Afirma, ainda, a possibilidade de haverem variadas interpretações acerca de uma mesma norma jurídica é um exemplo de infiltração da linguagem natural na linguagem apodítica. Para este autor, portanto, todas as tentativas de se extirpar a tópica do mundo

jurídico são em vão, visto que existiria uma *força contingencial* impregnada na linguagem natural humana.

Viehweg não aceitou a ideia de que o ordenamento jurídico poderia encontrar uma completude em si mesmo. Ao contrário, concebeu que poderiam haver situações em que não haveria previsão expressa em lei. Com isso, um raciocínio apodítico proposto pelo sistema puramente dedutivo não seria suficiente para resolver todas as situações de interesse jurídico. Neste passo, a linguagem humana assumiria importância, na medida em que cria horizontes linguísticos mais extensos, flexíveis, variáveis, criativos, inventivos. Lidaria com conceitos e proposições não confiáveis e variáveis, portanto. Assim, a tópica seria um imperativo da interpretação.

Interessante notar que, neste sentido, também os fatos narrados em juízo também seriam interpretados topicamente. Na tradução, utilizou-se a expressão “estado de coisas”, que, segundo MAIDEIRA (2014), deveria corresponder à causa de pedir remota, ou seja, as alegações de fato apresentadas em juízo, ou os “fatos” narrados na petição inicial. Eis:

Para conduzi-lo ao sistema jurídico, o estado de coisas tem de ser provisoriamente interpretado mediante um panorama prévio aproximativo, o que novamente ocorre à maneira tópica. Cada audiência de um litigante no processo, interrogatório de uma testemunha e com frequência também de um perito deixam isto especialmente claro. Pois, frequentemente, dão-nos a conhecer um horizonte de compreensão que é por completo irregular. Só depois de uma série maior ou menor de preparativos os fatos aparecem como utilizáveis com respeito ao direito positivo e este com respeito àqueles (2008 p. 82 -83).

Há um nítido afastamento do discurso apodítico, segundo Viehweg, pela linguagem natural humana, que, quer seja pela interpretação dos fatos na hora da narrativa processual, quer seja pelo julgador na hora de prolatar a sentença. O que, porém, não restou claro pela obra do autor alemão, é como os atores processuais, cada um a seu tempo, poderiam se utilizar da tópica sem que atuar de maneira arbitrária.

Em sua tópica, Viehweg dá muita importância ao problema e à *aporia*. Para ele, existem problemas que podem ser sistematizados, mas a maioria não seria passível disso. Desta forma, se entraria numa discussão problemática para a resolução destas demandas. A tópica, então, seria utilizada para a resolução do problema, mas

os argumentos que auxiliariam na resolução seriam imprecisos, variáveis, dada a assistemática da tópica.

Destaca-se que, (MADEIRA, 2014) o conceito de problema, aqui analisado, está mais alinhado ao conceito de *lide*, no sentido *endoprocessual*, ou seja, do conflito de interesses narrados em juízo.

Outro tema que pode ser destacado na obra de Viehweg é que ele não tratou das diferenças entre os discursos retóricos e dialéticos. Também não deixou claro se, em sua visão, a tópica seria um diferente tipo discursivo ou se seria um auxílio aos discursos dialéticos e retóricos, de forma indistinta.

Ainda, o jurista alemão tratou a Ciência do Direito (Jurisprudência) como uma técnica a serviço da aporia (VIEHWEG, 2008). Esta desaguaria na aporia fundamental da justiça a cada caso, parecendo se tratar de um conceito correlato à concepção de justiça distributiva aristotélica (MADEIRA, 2014). Da mesma forma, também não escreveu de forma nítida sobre a distinção ou a relação entre o problema e a aporia.

Como dito, para o jurista alemão, a tópica redundava na aporia fundamental: a aporia da justiça.

Apesar de não haver a sistematização da tópica, Viehweg, que trata do tema de forma a sua utilização no ambiente jurídico, elenca 3 exigências para haver a utilização da tópica, são elas: 1 – deve-se proceder sabendo que a Ciência do Direito se estrutura a partir do problema; 2 – os conceitos e proposições que estão contidos na Ciência do Direito devem estar ligados, especificamente, ao problema, sendo aqueles compreendidos a partir deste; 3 – todos os conceitos e proposições da Ciência Jurídica que se quer aplicar ao problema devem estar diretamente vinculados a estes. Em síntese, a tópica jurídica de Viehweg gravita aos problemas; diferente do modelo sistemático-dedutivo apodítico, que gira em torno da lei, que é tomada como premissa verdadeira.

Apesar disso, o desenvolvimento da forma de aplicação da técnica é medida que se impõe, na medida em que seus conceitos são vagos, abertos e imprecisos, além de ferirem o princípio da legalidade.

Questão que também suscita esclarecimentos é que a aplicação da tópica, desde Aristóteles, exige um consenso em relação às premissas, da mesma forma que consenso entre os interlocutores em torno dos *topoi* que utilizarão. Todavia, não se chegou a alcançar como seria a aplicabilidade prática de tal consenso, seja em Viehweg ou em Aristóteles.

#### 4 AS CARACTERÍSTICAS DO DISCURSO PROCESSUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Far-se-á, agora, uma investigação sobre a legitimidade ou ilegitimidade da tópica jurídica, tendo o Estado Democrático de Direito como paradigma para a formulação da seguinte questão: seria a tópica compatível com o discurso processual no Estado Democrático de Direito?

Adverta-se, desde já, que quando for empregada a expressão *discurso processual* neste trabalho, quer-se referenciar a *discurso processual-democrático*, sendo que, no Estado Democrático de Direito, a aplicação da norma jurídica deve ser construída em conjunto, ou seja, os destinatários dos provimentos estatais legislativos, executivos e judiciais (leis, atos governamentais e decisões judiciais) devem participar com argumentações que possibilitem tanto a criação como a fundamentação de tais provimentos.

Assim sendo, a legitimidade de uma decisão judicial, por exemplo, é aferida, sobretudo, em se constatando a efetiva participação das partes na construção dos provimentos. Interessante notar que tal constatação iria de encontro a tópica jurídica, em que a legitimidade do provimento está mais ligada a *aceitação de homens notáveis*. Como se nota do presente trecho, segundo Viehweg:

A maior parte justifica-se dialeticamente, no sentido aristotélico. Legitimam-se porque foram aceitas por homens notáveis. Repetindo o que diz Aristóteles, entendem-se como proposições que parecem verdadeiras 'a todos ou à maior parte ou aos sábios e, destes, também a todos ou à maior parte ou aos mais conhecidos e famosos'. Para o espírito tópico dos antigos o prestígio fornece um argumento fundamental e para a jurisprudência romana também foi assim. Cícero pergunta-se aliás de onde vem o prestígio e responde que ele é criado pela natureza ou pelo tempo, e, neste último caso, pela riqueza, pela idade, a sorte, a habilidade, o exercício, ou pelo desenvolvimento necessário ou casual das coisas (2008, pg.53).

Diz-se isso porque o direito é uma construção da atividade humana, e por isso, pode ser usado tanto para atividades de garantia e liberdade como para opressão. Neste cenário, o Direito ou o Estado não são, em fim, democráticos, já que encontram campo fértil tanto nas democracias como nas ditaduras.

Para Viehweg, os *topoi* variam de legitimidade de acordo com o locutor autorizado do Direito, num privilegiado intérprete da lei, que, nos tribunais, personaliza-se na figura do magistrado, algo que está distanciado do paradigma constitucional do Estado Democrático de direito. O autor alemão não trata da legitimidade jurídica na medida em que a comparticipação argumentativa entre os destinatários do provimento –decisão- jurisdicional, pelo que enxerga legitimidade, apenas, nos argumentos do magistrado.

Não se quer dizer que a figura do julgador seja desprovida de relevância. Não se quer, aqui, tratar o juiz como mero expectador. Longe disso. Também não é certo dizer que as partes figuram como meros coadjuvantes em relação ao processo. Cada um deveria exercer o seu papel específico: as partes, alegam as causas fáticas que ensejam ao pedido jurídico, assim como trazem as causas que ensejam o indeferimento do pedido, ou seja, as causas de pedir remotas (fáticas) e as causas de pedir próximas (jurídicas); também devem produzir as provas que trazem convicção as suas legações. O juiz, a seu turno, seria o responsável pelo impulso procedimental, pela fiscalização do Devido Processo, tendo, com o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), ampla iniciativa na produção de provas, de acordo com seu artigo 370 e pela palavra das decisões.

Por derradeiro, o juiz é, de fato, quem julga, mas, hoje, não julga sozinho. Assim, se as partes perdem a sua função se o julgador não cumpre bem o seu papel, o juiz também não conseguirá exercer o seu ofício de forma democrática sem a devida atuação das partes.

O juiz e as partes devem estar no mesmo plano, em condição de paridade argumentativa, apesar de exercerem funções diferentes.

A norma jurídica é *gênero* que tem por *espécies* as regras e princípios (ATIENZA, 2003). Estes, não tem apenas função supletiva (DELGADO, 2001), com o preenchimento de lacunas, mas também exercem uma função de referencial lógico de interpretação e aplicação do texto legal.

Assim, não se pode desconstitucionalizar o Estado Democrático de Direito, alcançando um espaço vazio de procedimentos, nu, portanto, solipsista. Um cenário

desconstitucionalizado é passível ao surgimento de um espaço de dominação, sem regras, onde tudo é possível, não há fiscalização e o destinatário do provimento judicial se encontra passivo em relação ao conteúdo decisório.

Nos países democráticos, o povo é visto como a única fonte de poder. Neste sentido, seria o Estado Democrático de Direito uma ordem cuja legitimação se encontra no povo. Assim, imprescindível para esta pesquisa e para o entendimento do que seria o próprio Processo Constitucional, faz-se analisar brevemente, a extensão do que seria *povo*.

Nesta pesquisa, povo não se coaduna por uma concepção icônica (DEL NEGRI, 2009). Aqui, povo não quer dizer o mesmo que *malta* (CANETTI, 1995). Não se pode, portanto, entender o que seria *povo* por meio de uma concepção que denotasse algo abstrato, amorfo, não identificável.

O povo-ícone não tem legitimação, na medida em que não participa do processo político das decisões estatais. Este povo-ícone acaba sendo utilizado como ferramenta ao discurso autoritário, na medida em que o déspota pode se utilizar de expressões como “bem comum”, “interesse público”, “fins sociais” etc., transparecendo serem os atores estatais dotados de capacidades de captar o que seria, de fato, esta tal *vontade do povo*.

Fredrich Muller chega a afirmar que a ideia de um povo icônico é uma forma de alienação dos indivíduos, de torna-los mais facilmente domináveis e conduzidos. Em suas palavras:

O povo como ícone, erigido em sistema, induz a práticas extremadas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo: em ‘desrealizar’ a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata a muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata. Tornando inofensiva para o poder-violência (...)’ (2003, p.67).

Neste mesmo sentido, Elias Canetti, em sua obra *Massa e poder*, trata da *malta*, que é a essência da massa, sendo que seus conceitos podem até mesmo se coincidir. Para melhor elucidação, explicar-se-á o tema pelas palavras do próprio pensador:

Os cristais de massa e a própria massa, no sentido moderno da palavra, derivam ambos de uma unidade mais antiga, unidade esta na qual ainda coincidiam. Essa unidade mais antiga é a malta. Nas hordas de número reduzido, vagando em pequenos bandos de dez ou vinte homens, a malta é a forma que assume a excitação coletiva, visível em toda parte.

Característica da malta é o fato de ela não poder crescer. No vazio que a circunda inexistem pessoas que possam juntar-se a ela. A malta consiste em um grupo de pessoas excitadas que nada mais deseja tão veementemente do que ser mais. O que quer que façam em conjunto – quer partam para a caça ou para a guerra –, melhor seria para elas que fossem em maior número (1995, p.93).

Interessante notar que o indivíduo, em sistemas ditatoriais, deve-se anular em prol de uma ideal de igualdade, de um bem comum a todos. Para os que pensarem de forma diferente, existe a exclusão da massa. O ditador se usa de uma oratória enérgica, fazendo com que o auditório tenha emoções fortes e vibre ao som de hinos e empunhando bandeiras, com roupas de cores semelhantes, e um governante que traduza a vontade popular.

Na malta sempre existe a utilização de um discurso retórico, que, com o devido *topos* –lugar comum – de todos os integrantes da malta, consegue iludir o auditório. Na medida em que o indivíduo tem a sua anulação em favor da malta e todos devem pensar da mesma forma – em nome de um bem comum – basta a utilização dos *topoi* para que agrade o auditório, desperte a emoção de todos e, ao final, domine todos.

Em síntese, há quatro características (CANETTI, 1995) inerentes a malta e também presente nos movimentos de massa. São elas: o *crescimento* e a *densidade*, ou seja, a malta quer crescer e se tornar uma massa; a *igualdade* e o *direcionamento* na medida em que todos possuem uma única meta, conjunta, e se dirigem para o mesmo objetivo, abrindo mão de objetivos pessoais e da individualidade.

Um *topos* retórico argumentativo que é muito utilizado pelos discursos que visam a dominação é a alegação de uma injustiça cometida pelo inimigo. Soma-se a isso, um discurso de ódio contra o dominador, fazendo da malta uma massa excitada e dominada. Assim, a malta se utiliza de um, como visto, *discurso de ódio*, que aponta um inimigo e despreza a opinião de quem pensa diferente ou atua de forma diferente da maioria.

Sobre o tema, MADEIRA chega a expor que:

Neste sentido, o discurso tópico, diferentemente do discurso processual democrático, acaba homologando este mesmo discurso de ódio. Isso ocorre porque a tópica se apoia na endoxa, que, como se sabe, é formada pela opinião de todos, da maioria ou dos mais sábios e renomados. Tal ligação da endoxa com a opinião de todos ou da maioria – onde a opinião da minoria é desprovida de valor – acaba ligando tópica jurídica à ideia de malta. Uma opinião contrária à opinião da maioria ou dos considerados mais sábios chegou a ser vista como heresia, ganhando, até mesmo, contornos religiosos. Trata-se de uma forma de dominação pela excitação coletiva e pelo desprezo da minoria, o que constitui uma atitude antidemocrática (2014, p.343).

Demonstrada, conforme visto acima pelas lições do professor Dhenis Cruz Madeira, a incompatibilidade entre a malta/massa e o discurso processual democrático, visto que despreza a individualidade, ainda é possível dizer que, neste cenário, não há demarcação normativa. Aqui se faz referência a um povo que argumenta num espaço normativo e institucionalizado pelo Devido Processo Legal. Não se coaduna com o seu oposto, ou seja, um local sem definições normativas e fiscalização aos atos da autoridade.

O discurso processual não adota o entendimento de que alguém seja capaz de, sozinho, explanar qual seria a melhor dicção da lei ou a vontade do legislador. No Estado Democrático de Direito, o espaço discursivo processual deve ter o argumento das partes visto como capaz de influenciar na aplicação da norma jurídica que será utilizada em cada caso.

## **5 PRINCÍPIOS JURÍDICOS DO DISCURSO PROCESSUAL**

O discurso processual possui nuances próprias em relação às outras espécies discursivas. Os princípios que se seguem funcionam como referentes lógicos para o entendimento de tais nuances. Desta forma, impossível não lembrarmos das lições de Dhenis Cruz Madeira, relativamente aos princípios do discurso processual democrático.

### **5.1 Princípio da Formalização Argumentativa**

Trata-se da necessidade de formalizar, em relatório escrito, todos os argumentos trazidos pelos atores processuais, sejam eles juízes, partes, promotores, testemunhas. É importante ter em mente, para uma melhor compreensão, que os pensamentos escondidos nos recônditos do pensamento humano não são passíveis de fácil percepção e, portanto, imunes a crítica. Num cenário em que os argumentos não são colocados à baila processual é como se sequer existissem no mundo jurídico e, sendo assim, também são imunes a qualquer exercício de fiscalização.

Em síntese, os argumentos utilizados no discurso processual devem ser formalizados – ou escriturados – para que ocorra a estabilização do discurso jurídico e a ampliação da fiscalização dos atos praticados pela via do contraditório.

Poder-se-ia pensar que, aqui, ocorre uma afronta ao princípio da oralidade. Não é isso. Todavia, o seu oposto também não ocorre. A oralidade pode ser ampliada até que não exista prejuízo a escrituração. Caso contrário, as alegações que caírem num espaço vazio não são passíveis de fiscalização. Perceba-se que as duas, na verdade, se complementam, na medida, numa audiência, por exemplo, o argumento utilizado de forma oral deve ser transformado para a sua forma escrita – ata, petição – de forma que a fiscalização possa ser feita a posteriori. Assim, o princípio da formalização argumentativa é o primeiro passo para a ampla defesa e o princípio do contraditório.

Não é possível radicalizar a oralidade em detrimento da escritura, sendo antidemocrático radicalizar a escritura em detrimento da oralidade. Deve haver uma

efetivação destes princípios com fins a efetivação do Devido Processo Legal e Constitucional.

## 5.2 Princípio da Objetividade Argumentativa

A objetividade em que se fará menção, é aquela objetividade desenvolvida por Karl Popper, mesmo que não seja adotada em sua integralidade, visto que o conhecimento objetivo a qual faz menção foi adaptado ao direito processual civil. O princípio aqui desenvolvido, portanto, trata da capacidade de uma argumentação passível de ser submetida a uma crítica intersubjetiva. A sua compreensão passa pelo teste crítico do outro, de uma crítica, portanto, intersubjetiva. Com a objetividade argumentativa os envolvidos no discurso podem ter um mútuo controle racional em relação as alegações formuladas.

Este princípio, portanto, se refere à necessidade da utilização de argumentos que, primeiro, sejam técnicos; aqueles que tragam contribuições para a construção do provimento. Estes argumentos também devem ser abertos à crítica, passíveis de serem submetidos a testes.

Quanto ao argumento ser aberto a crítica. As palavras que se seguem são essenciais ao que se deseja demonstrar, ou seja, que o discurso processual deve observar o princípio da objetividade:

Para a instalação de um discurso processual democrático, é possível indicar três dessas ideias que, inclusive, relacionam-se entre si: a) não se pode utilizar argumentos de índole meramente subjetiva; b) os argumentos devem habitar o Mundo 3; c) os argumentos devem ser estritamente jurídicos, ou, em se tratando de alegações fáticas, estas devem possuir vínculo com alguma norma jurídica (princípios ou regras) (MADEIRA 2014, p.382).

Conforme o sobredito, o discurso processual é incompatível com o *conhecimento subjetivo* (POPPER, 2003), visto que este reside na mente, não sendo passível de críticas e, portanto, de contraditório.

É por isso que se defende o entendimento de que um argumento de cunho estritamente moral ou mesmo filosófico –subjetivos- que não guardam relação direta com a norma jurídica não devem ser utilizados no discurso processual.

A ciência do direito, mesmo passando por reflexões jusfilosóficas, deve ser voltada para a resolução de problemas de cunho prático, se preocupando com a efetividade da norma jurídica, sobretudo das constitucionais.

A Filosofia em geral e, especialmente, a Filosofia do Direito, são úteis na medida em que propõem uma reflexão sobre o papel e a totalidade do direito na existência humana. Essenciais, portanto, para a Hermenêutica Jurídica. O posicionamento contrário a um argumento de cunho puramente filosófico aqui defendido quer dizer que, sem medo de cair numa expressão redundante, os argumentos filosóficos totalmente desvinculados da norma jurídica não são compatíveis com o princípio da objetividade argumentativa.

A Filosofia do Direito é um auxiliar da interpretação jurídica e, assim, da atividade judicial. Todavia, deve se ater para o fato de que o provimento (decisão) é um ato jurídico e que o imperativo constitucional de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei que incide sobre o próprio provimento.

Se o fundamento que interfere na liberdade de autonomia dos sujeitos encontra guarida na normatividade jurídica, é de se defender que na Teoria da Argumentação Jurídica o uso de argumentos estritamente filosóficos nos discursos processuais não seja compatível com o Devido Processo. Tais argumentos totalmente filosóficos, conforme já se disse, são afastados da lei ou não ensejam a interpretação da norma.

A título exemplificativo, poderia se pensar num magistrado que é adepto de determinada religião e em sua sentença deseja impor sua crença às partes mediante a utilização de argumentos religiosos. Trataria de uma imposição moral e ilegítima às partes, ainda cabendo lembrar que no plano jurídico não há hierarquia entre uma moral ou outra. Cada indivíduo constrói a sua.

Não seria prático, nem mesmo técnico ou racional, que se instalasse um debate forense puramente filosófico, na qual os demandantes sustentem cada um a sua

corrente filosófica, sendo possível que o juiz decida com base em uma terceira. Ao contrário, os argumentos devem girar em torno da interpretação dos textos normativos, ainda que as partes apresentem uma interpretação distinta, mas aumentando a sua carga de objetividade. A utilização de argumentos metajurídicos, a seu turno, não respeita a previsibilidade decisional e o princípio do contraditório.

Não é demais lembrar que na contemporaneidade, as pessoas podem atuar e pensar de forma diferente, havendo um desacordo moral em nossa cultura. A linguagem atual da moralidade se encontra em grave desordem (MACINTYRE, 2001).

Aqui não se defende o relativismo moral ou que o discurso jurídico seja absolutamente neutro. Mas, conforme tem se demonstrado, é uma perda de tempo exercer a tentativa de um contraditório em relação a argumentos estritamente morais, a não ser que queira se impor uma moral, o que seria autoritário.

Argumentações defendidas por Kazuo Watanabe (2000, p.64-65), em que o juiz possuiria uma “sensibilidade necessária para avaliar em toda dimensão a conduta do acusado”; ou as defendidas por Cândido Rangel Dinamarco (2004, p.33), nas quais o juiz deve julgar com “espírito suficientemente iluminado e consciente da realidade sobre a qual decidirá” e que “conhecer é captar pelos sentidos e receber no espírito a justa representação da realidade”, são expressões que denotam uma fé numa sensibilidade imanente aos juízes, que, em realidade, escondem um juízo solipsista e autoritário (MADEIRA, 2008).

Adotando o cenário em que se insere o presente escrito, ou seja, uma sociedade plural e complexa, não se conseguirá adotar um discurso moral que contemple a todos. Nisso, o que costuma acontecer na prática é que a moral adotada pelas minorias costuma ser ignorada em nome da moral da maioria. Da mesma forma, a interpretação jurídica da maioria passa a ser uma ferramenta de opressão tópica, visto que o *topos* consiste no que a *maioria decide*.

Uma hermenêutica jurídica baseada em concepções estritamente morais se apresenta como algo de difícil interpretação, pelo que podem ser lembradas as palavras de Luís Roberto Barroso:

Além dos problemas de ambiguidade da linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem, também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que se tem denominado de desacordo moral razoável. Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção de gestação, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras. Nessas matérias, como regra geral, o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças. Ainda assim, inúmeras complexidades surgem, motivadas por visões filosóficas e religiosas diversas (2011, p.146).

Assim, se as partes e o juiz se encontram em uma situação em que a pura subsunção do fato a norma não é capaz de solucionar a questão posta em litígio, o único modo de estabelecer um discurso democrático e racional entre ambos, horizontalmente, é adotando um procedimento argumentativo compartilhado por todos os participantes do discurso. O espaço de liberdade argumentativa é demarcado juridicamente, e, mais que isso, todos saberiam, de antemão, quais são as regras – forma, conteúdo, requisitos, prazos – a serem utilizados na argumentação.

Em suma, o campo de argumentação subjetivo acaba criando um espaço em que não há fiscalização por parte do soberano, pelo que o princípio da objetividade argumentativa deve ser observado, conforme já descrito.

Ao cabo, também é importante mencionar que a Ciência Jurídica, assim como as demais ciências, possui expressões técnicas específicas. Desta forma, tal como se um médico errar o nome de um procedimento, remédio ou órgão ele pode ser chamado de imperito, além de causar danos ao paciente, um participante do discurso processual jurídico que não conhece os institutos inerentes ao seu ofício também pode ser chamado de imperito e cometer equívocos que prejudiquem as partes.

### **5.3 Princípio da Correlação Lógica dos Argumentos**

Este princípio rege todas as petições juntadas nos autos. É isto que o difere do princípio da consubstanciação, que trata apenas a elaboração da inicial. Este princípio se traduz na ideia de que o advogado do autor, ao elaborar a petição inicial, deve agir de forma a demonstrar que as suas alegações fáticas – causa de pedir remota – sejam logicamente vinculadas às suas alegações jurídicas – causa de pedir próxima.

O princípio da consubstanciação não é apenas uma formalidade sem a qual a petição inicial pode ser declarada inepta. Mais do que isso, este princípio é garantidor do exercício da ampla defesa e do contraditório, uma vez que se não se conseguir compreender plenamente a narrativa que traz a pretensão, o demandado não também não conseguirá se defender plenamente, o que, por si só, já fere o a ampla defesa e o Devido Processo. Assim, cogita-se da grande dificuldade de se defender de uma acusação que não se sabe precisamente, ou até mesmo questionar os pedidos formulados em juízo se não são claro, ou, mais precisamente, “A clareza e precisão, que se exigem, são a clareza e precisão que sejam necessárias à inteligência do pedido, de modo que possa o réu preparar a defesa” (MIRANDA, 1997, p.18).

Mais precisamente ao princípio da Correlação Lógica dos Argumentos, as afirmações acima redigidas se inserem, também, em todas as alegações factuais e jurídicas e não apenas na exordial.

É importante ressaltar que as partes trazem a sua visão particular sobre os fatos. Em seguida, se apresentará as provas com as quais pretendem demonstrar que os fatos ocorreram em consonância com as suas alegações. Assim, se a alegação factual for verdadeiramente clara e correspondente aos instrumentos de prova apresentados, não haverá maiores dificuldades para o provimento decisional esteja de acordo com a verdade dos autos – sempre formal (SOUZA, 2001).

### **5.4 Princípio da Lealdade Processual**

Ao contrário do que acontece nos discursos dialético e retórico, em que há um compromisso ético e subjetivo entre as partes no uso dos argumentos, no discurso

processual não há um compromisso ético pressuposto. Todavia, com tal afirmação não se quer dizer que o discurso processual seja vazio de regras. As regras processuais, mesmo que de forma indireta, contribuem para que as partes promovam suas alegações no intuito de uma repercussão na verdade.

Neste sentido, não se coaduna com o Devido Processo a deturpação dos fatos ou a falsidade da prova. Mas isso não ocorre por força de um imperativo ético que subjaz ao discurso processual, e sim por aplicação ao princípio da lealdade processual. Ele é traduzido num dever legal, e não, propriamente, moral e subjetivo das partes.

As lições de Rosemiro Pereira Leal são preciosas, neste sentido:

Este princípio há de ser estudado sem a carga emocional que lhe emprestam vários processualistas. A lealdade processual não se refere ao exercício das virtudes intrínsecas das partes ou de seus procuradores, obtidas pela condição moral de cidadão irrepreensíveis e puros, mas diz respeito ao dever legal de atuação processual em regime de reciprocidade de tratamento, segundo padrões de seriedade que a lei processual exige ao colocar as partes num nível isonômico, sem que qualquer delas possa utilizar de modo fraudulento ou doloso a atividade jurisdicional para fins ilícitos. A lealdade vinculada ao princípio aqui examinado não é um sentimento que devem as partes e seus procuradores manifestar no curso processual ao juiz supostamente leal e virtuoso, porém um comportamento legal que a lei estabelece para todos os sujeitos do processo, indistintamente, em prol da preservação da isonomia, que é direito fundamental assegurado na construção jurídica do procedimento (2008, p.113-114).

Seria impraticável ter um consenso moral numa sociedade complexa, em que há várias noções do que seria justo ou não.

Descumprir o dever de lealdade faz com que a parte incorra numa situação de ilicitude que compreende tanto a fraude quanto o dolo processuais, passíveis de sanções legais cíveis, penais ou administrativas.

Aqui, é importante lembrar que tanto em Aristóteles quanto em Viehweg, é necessário assumir um compromisso ético entre os interlocutores. Da mesma forma, os argumentos também devem ser prováveis e verossímeis. No mais, os participantes do discurso também devem estar inclinados em relação à escolha dos *endoxa* e *topoi* que serão utilizados.

Neste sentido, para ambos os autores acima mencionados, caso as partes não assumam este compromisso ético, não haverá possibilidade de utilização da tópica.

## **6 A UTILIZAÇÃO DA TÓPICA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Desde já, é importante advertir que os tribunais brasileiros não conseguem utilizar a tópica jurídica em sua inteireza. Com isso, quer-se dizer que algumas técnicas argumentativas de cunho tópico, retórico e dialético são observáveis, mas nenhuma delas é aplicada completamente. Ou seja, nos tribunais não se usa todas as recomendações propostas por Aristóteles ou Viehweg.

Por meio de uma consulta jurisprudencial, é possível encontrar no bojo de alguns acórdãos que reconhecem expressamente que a tópica foi utilizada como técnica argumentativa. É possível se deparar até mesmo com nomes reconhecidos no estudo do tema, tais como Theodor Viehweg e García Amado. Trata-se, como já mencionado, da adoção expressa da tópica.

Noutros casos, porém, os acórdãos não mencionam a utilização da técnica, nem os autores que a estudaram, mas, a utilização da tópica fica evidente, na medida em que suas características se encontram presentes.

Neste cenário, a utilização de um discurso dialético ou retórico, acompanhada da tópica como forma de afastar um raciocínio apodítico, pode se apresentar como uma prática solipsista, que, em melhores palavras, seria um juiz protagonista, dono de todos os significados da lei, significando, ainda, algo como um sujeito que se basta, alguém que decide com base, unicamente, na sua consciência, a partir dos seus desejos e concepções pessoais.

O objetivo deste capítulo é demonstrar como os órgãos jurisdicionais brasileiros se utilizam da tópica como técnica argumentativa. Não se pretende aqui entrar no acerto ou desacerto da decisão, mas tão somente demonstrar a forma de aplicação da técnica.

Será utilizado, por amostragem, trechos transcrições e análises de um acórdão do Tribunal Federal, nossa maior instância jurisdicional.

Vale lembrar que apresentar exemplos de utilização da tópica não é tarefa simples. A maioria dos estudiosos do tema, até mesmo o próprio Viehweg, não costuma trazer exemplos de atuação prática da tópica. Nem mesmo Aristóteles tratou de trazer exemplos claros e práticos sobre o tema.

No mais, a dificuldade de compreensão da tópica também se dá em função de, conforme alegado por Aristóteles e Viehweg, ser ora aplicada ao discurso dialético, ora ao discurso retórico. Do mesmo modo, os *topoi* também funcionariam como *pontos de vista* classificatórios dos argumentos, ou *pontos de partida* para a formação dos argumentos.

Realizadas as considerações iniciais, passa-se, agora, a análise do *Habeas Corpus* 126.292 São Paulo.

Trata-se de singular decisão do Supremo Tribunal Federal, em que será analisado o voto do relator Teori Zavascki. Nesta decisão, o tema tratado dizia respeito à aplicação ou não da execução provisória de sentenças penais condenatórias, sob o enfoque do alcance do princípio da presunção de inocência, disciplinado no artigo 5º LVII, da Constituição Federal de 1988, aludindo “*que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”.

Ao iniciar seu voto, o ministro relator adverte que

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, **que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.** (Grifos do autor, 2016)

Nota-se, portanto, que o ministro se utilizou do *topos* argumentativo do *interesse público*. Ocorre que o conceito de interesse público norma encontra limites claros e objetivos quanto ao seu alcance normativo e conceitual. Desta forma, o intérprete que desejar afastar a utilização do discurso apodítico poderá se valer de um conceito normativo incerto, um *topos* argumentativo, tal como o citado. Também é interessante notar outros trechos, em que o ministro Luís Roberto Barroso acompanha o voto do relator, senão vejamos:

Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na **compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito.** Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e **mesmo que não tenha havido alteração formal do texto** da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa

premissa, **entendo** que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado. (Grifos do autor, 2016).

Sobre a mutação constitucional, o ministro explica que se trata de uma técnica em que a norma constitucional passa a ser interpretada de forma diversa da que lhe havia sido atribuída. Eis: “Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo” (Grifei).

Relativamente ao *topos* do interesse público, nota-se que o ministro relator se valeu da opinião de todos, da maioria ou dos mais sábios e famosos. Ou seja, se utilizou da *endoxa* como forma conceituar o interesse público para afastar o raciocínio apodítico. Em suas palavras:

Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ HC 126292 / SP 28/10/2005), ‘em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema’.

Teori referenciou, ainda, valendo-se de estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, referenciado em “Garantismo Penal Integral, 3ª edição, ‘Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do STF no HC 84.078’, p. 507”, que países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França adotam o princípio da presunção de inocência de forma mitigada.

Perceba-se que o interesse público não é definido expressamente, conforme já exposto. Mas a presunção de inocência é vista de forma expressa no texto constitucional. Apesar disso, a dedução será substituída pela indução, sendo o sistema jurídico substituído por um tratamento contingencial da norma a ser interpretada. Mesmo sendo suficiente, neste caso, a utilização de uma subsunção simples do fato à norma, com base numa definição de interesse público, galgada pela *endoxa* como forme de convencer ao auditório. Houve, assim, a necessidade de se utilizar um raciocínio dialético e retórico, e, conseqüentemente, tópico.

Ainda com base no voto de Luís Roberto Barroso, em relação ao mesmo HC são observáveis outros exemplos, dentre os quais se destacaram: “descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”, ou, ainda, com base numa moral judicial, asseverou que: “Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados”.

Os *topoi*, portanto, são utilizados como auxiliares argumentativos para a solução de qualquer caso.

Ainda como exemplos de conceitos jurídicos abertos, é possível lembrar de expressões como “indevidamente”, “sem justa causa”, “quem pode o mais pode o menos”, “reprovação social de conduta”, “justo”, “ético”, “moral” etc. Todos estes exemplos demandam uma complementação judicial para a sua interpretação. Nestes casos, a tópica jurídica costuma ser empregada.

Sobre o tema, impende lembrar que a prática forense é recheada de citações doutrinárias para formar a *endoxa* como forma de influenciar pela opinião dos mais sábios e notáveis.

No mais, deve-se frisar que os acórdãos do STF, em muito, são utilizados como forma de precedentes para outros acórdãos. Diz-se isso tanto para os acórdãos prolatados pelo próprio STF quanto para os exarados pelos tribunais inferiores. Assim, é comum que nos órgãos jurisdicionais brasileiros seja criado uma espécie de repetição de acórdãos num mesmo direcionamento, como forma de reproduzir a opinião dos mais sábios, ilustres e famosos. Os precedentes, portanto, são utilizados como argumentos de autoridade – *endoxa*. Em si, tal prática não é um demérito, visto que ocasiona certa dose de segurança jurídica e previsibilidade decisional. Todavia, sendo o precedente aplicado sem maiores reflexões e cuidados, simplesmente para manter a “opinião dominante”, tal utilização passa a ser ideológica, autoritária, solipsista. Ademais, não se pode utilizar o precedente sem que seja observado o vínculo normativo tanto com a lei, quanto com o caso narrado em juízo.

## 7 CONCLUSÃO

A exposição aqui realizada, teórica, mas com reflexos na dogmática, pretendeu demonstrar que a tópica se reflete no dia-a-dia forense. Ou seja, no quotidiano dos tribunais. Ainda que não se tenha consciência plena disso ou não se saiba com clareza de como se valer das técnicas de argumentação, a presente pesquisa veio para contribuir com uma fundamentação mais condizente com um estado democrático de direito.

Repita-se que não se trata de uma afronta pessoal a qualquer profissional do direito, mas uma humilde contribuição ao processo constitucionalizado. Da mesma forma, também não quer, aqui, discutir o acerto ou desacerto de qualquer decisão, com base no que fora exposto, mas advertir que existem formas mais ou menos democráticas de atuar em juízo.

No mais, a instalação da tópica, conforme visto, depende da plena ilustração dos interlocutores sobre suas técnicas. Ainda, nos acórdãos brasileiros não se verifica uma fase prévia de delimitação da *endoxa* e dos *topoi*. Conforme visto, a tópica exige um consenso entre os participantes do discurso quanto aos que serão utilizados. A tópica não é um discurso unilateral.

Assim, a tópica, conforme utilizada, não parece ser aplicada de forma correta nos tribunais.

Discute-se, ainda, se haveria espaço nos tribunais para a sua utilização de forma a serem observados todos os requisitos.

Pelo exposto na presente pesquisa, parece ser uma utopia o alinhamento entre a tópica e o discurso processual e isso por diversos motivos, que carecem ser repisados.

A tópica jurídica é uma técnica argumentativa dotada de complexidade, que exige treino e conhecimento prévio por parte dos interlocutores. Ela não funciona em um *locos* em que os interlocutores, ao invés de procurarem colaborar com o discurso, tentam atrapalhá-lo, paralisá-lo ou tumultuá-lo. Ao contrário, deve-se assumir o compromisso ético de só inserir no discurso argumentos verossímeis e prováveis. Se

o interlocutor mentir, procrastinar ou não trazer argumentos prováveis ou verossímeis a utilização da tónica fica danificada.

No mais, o estabelecimento consensual da *endoxa* é algo de difícil visualização entre as partes conflitantes, visto que basta uma das partes discordar da hipótese para prejudicar a utilização da técnica.

Outrossim, relativamente a exigência de ilustração dos interlocutores sobre a forma de operacionalizar o *entimema*, que são silogismos fundados por meio da *endoxa*, outros problemas ocorreriam. Diz-se isso em função da desigualdade intelectual que, inevitavelmente, existe entre todos os juristas.

Portanto, se a utilização “pura” da tónica parece não ser condizente com o processo, a sua utilização de forma atécnica enseja ao chamado solipsismo judicial ou decisões judiciais subjetivas, correspondendo ao próprio intelecto do julgador, que, conforme visto, é impassível de críticas.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti, 5. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007
- AMADO, Juan Antonio García. *¿Existe discrecionalidad em la decisión judicial?* Isegoría, nº35, vol.35, 2006, p.151-172.
- ARISTÓTELES. **Arte Retórica e Arte Poética** (Art Rhétorique et Art Poétique). Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. 17. Ed. – Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Órganon**: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2005.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito – Teorias da argumentação jurídica** (Las razones del Derecho – teorías de la argumentación jurídica). Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. Ed. São Paulo: Landy, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. JUS. Belo Horizonte, ano 42, n.25, p.127-163, jul./dez.2011.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia aristotélico: leitura e interpretação do pensamento aristotélico**. Barueri-SP: Manole, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Suidatti. 2. Ed. Bauru – SP: Edipro, 2003.
- CANETTI, Elias. **Massa e poder**. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.
- CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles em nova perspectiva: introdução à teoria dos quatro discursos**. São Paulo: É Realizações, 2006.
- DEL NEGRI, André L. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito** – clássicos e novos papéis. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 4, n. 7- 8, p.153, 1º e 2º sem. 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Prefácio do autor. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- HEGENBERG, Leônidas. HEGENBERG, Flávio E. Novaes. **Argumentar**. Rio de Janeiro: E-Papers, 2009
- LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/Fumec, 2008
- MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica de Helder Buenos Aires de Carvalho. Bauru – SP: Edusc, 2001.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Jaruá, 2228
- \_\_\_\_\_. **Argumentação jurídica. (In)compatibilidades entre a Tópica e o Processo**. Curitiba. ed. Jaruá. 2014.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MIRACY, Barbosa de Souza Gustin. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte. ed. Del Rey. 2015.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentário ao Código de Processo Civil**. t, IV: arts. 282 a 443, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MULLER, Friedrich. Quem é o povo? **A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, 10. ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

SOUZA, Carlos Antônio. **Autos como limite hermenêutico de verdade formal e real no processo**. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). Estudos continuados de teoria do processo. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. 2.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VOLPI, Franco. Schopenhauer e a dialética. *In*: VOLPI, Franco (Org. e ensaio). **A arte de ter razão**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.