

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA PUC MINAS
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO PROCESSUAL
RESUMO DA TESE DE DOUTORADO INTITULADA “TÓPICA E PROCESSO”,
DE DHENIS CRUZ MADEIRA

A hipótese central da tese de doutorado pode ser sintetizada pela seguinte afirmação: *A tópica é incompatível com o discurso processual.*

Dita hipótese, que foi comprovada ao final da investigação, procurou responder a um problema central e que moveu todo o esforço empreendido na pesquisa. Como se infere da hipótese, tal problema - que é apresentado da forma mais simples e direta possível – pode ser resumido pela seguinte pergunta: *Quanto à legitimidade jurídica, a tópica é compatível com o discurso processual?*

A questão, aparentemente simples, carrega boa dose de complexidade.

Diz-se isso porque o questionamento sobre a possibilidade ou não de se utilizar a tópica no discurso processual pressupõe saber que, quando se diz “processual”, quer-se dizer “processual-democrático”,¹ já que o paradigma lingüístico-normativo do Estado Democrático de Direito² pressupõe tal entendimento, ao menos se se quiser solucionar com precisão o problema de pesquisa acima apresentado.

Aliás, no atual estágio da Ciência Processual, é pleonástico agregar o adjetivo “democrático” ao termo “processo”, pois este último vocábulo pressupõe o primeiro, melhor dizendo: só há processo na democracia e a democracia, por sua vez, pressupõe a existência do processo. Por mais que a locução seja muito

¹ As características do discurso processual serão melhor explicadas na segunda parte deste trabalho, especialmente nos Capítulos VII e VIII.

² Como será visto nesta pesquisa, a compreensão do Estado Democrático de Direito passa pela aferição da legitimidade decisional, ou seja, pela constatação da participação argumentativa dos destinatários dos provimentos (leia-se *decisões*) judiciais, legislativos e executivos. Sendo assim, só haverá Estado Democrático de Direito se houver um espaço jurídico-procedimental de construção compartilhada (comparticipada, cooperativa) das decisões, devendo ser facultado ao cidadão o direito de contribuir argumentativamente para o provimento, sendo defeso ao órgão governativo julgar de forma solipsista ou solitária. Este tema será melhor tratado adiante.

utilizada nos regimes autoritários,³ neles não há “processo”, mas, quando muito, procedimentos ou, pior ainda, ritos.⁴

Sendo assim, o uso da expressão “processual-democrático” só ocorre por força da grande desorientação causada pela concepção instrumentalista⁵ do processo, que insiste em defender um modelo de processo ainda atrelado ao Estado Social (*Welfare State*), e não, como deveria ser, ao Estado Democrático de Direito.⁶ Como dito, na pesquisa, adotou-se uma concepção democrática de processo.

Além de tal pressuposto, mostra-se importante compreender o significado atribuído ao vocábulo “tópica”, empregado acima. Embora sua conceituação – que

³ Como, por exemplo, fez Francisco Campos (*O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. – Brasília: Senado Federal, 2001, p. 164) ao defender e formular as bases do totalitário Estado Novo.

⁴ Aqui foi feita uma distinção entre procedimento e rito, algo que não se costuma fazer na prática forense, em que é comum utilizar expressões como, v.g., “rito comum”, “rito ordinário”, “rito sumário” para fazer referência ao procedimento comum, ao procedimento ordinário e ao procedimento sumário. Procedimento é uma estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais que se forma para a construção dos provimentos (decisões) estatais. Como cada ato procedimental é um ato jurídico, tem-se que ditos atos devem seguir a forma prescrita ou não defesa em lei, ou melhor, devem seguir o modelo legal. É por isso que alguns autores, acertadamente, afirmam que a norma jurídica regula a conduta que deve ser observada pelas partes, auxiliares e julgadores. A estrutura procedimental é técnica, pois objetiva atingir um resultado útil, que é, em última palavra, o próprio provimento final. Sendo assim, cada ato procedimental deve possuir um conteúdo apto a contribuir para a construção dessa decisão final. No procedimento, há uma forma que possui um conteúdo, enquanto que, no rito, há uma forma, mas esta é desprovida de conteúdo. Não raro, o rito reproduz meramente uma tradição, uma forma sem conteúdo ou finalidade específica, sendo que algumas pessoas simplesmente seguem o ato ritualístico por mera convenção social, sem saber ao certo porque o praticam. Os juízos ordálicos, por exemplo, eram ritualísticos, e não procedimentais, pois tinham uma forma, mas não um conteúdo técnico-racional. O procedimento, portanto, difere-se do rito. No âmbito jurídico contemporâneo, devem existir procedimentos, e não ritos, pois todo ato procedimental deve possuir uma finalidade, um conteúdo específico, contribuindo para a construção das decisões judiciais, daí porque soa antiquado utilizar as expressões “rito comum”, “rito ordinário”, etc. Quanto à definição de procedimento como estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais que obedece ao modelo legal, dentre outros, aponta-se: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 77-9; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92-4; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p.187-196.

⁵ Sobre a crise da instrumentalidade do processo, dentre outros, recomenda-se: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. Revista de Processo – REPRo, n. 102, ano 26, abril/junho 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*; LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*.- Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; TAVARES, Fernando Horta; DUTRA, Elder Gomes. *Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo e do procedimento monitorio*. Revista de Processo. Ano 35, n. 181, mar./2010, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁶ Sobre a relação entre os paradigmas de Estado Liberal, Social e Democrático de Direito e sua relação com os modelos de processo, dentre outros, conferir o nosso: MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & cognição*, p. 90-8.

não é, nem de longe, consensual⁷ - venha a ser tratada com maior profundidade nos capítulos que se seguem, pode-se adiantar que por *tópica*, na tese de doutorado mencionada, entendeu-se a *técnica*⁸ *argumentativa baseada nos chamados lugares-comuns da argumentação e dirigida à resolução de problemas específicos inseridos no discurso* (este é o conceito apresentado e que foi melhor explicado nos capítulos que compuseram a tese).

Tal técnica argumentativa é, quase sempre, utilizada para o convencimento do(s) interlocutor(es), sendo apoiada em argumentos - os chamados *topoi*, de onde advém o termo “tópica” - aceitos por todos, pela maioria ou pelos mais sábios e famosos (*endoxa*).

Aqui vale um parêntese: “lugar”, em grego, escreve-se *topos* – τόπος –, o que, para o latim dos romanos, significa o *locus*. Por sua vez, o plural de *topos* é *topoi* - τόποι -, o que, na língua latina,⁹ é representado por *loci*. Sendo assim, no estudo da argumentação, *topos* e *locus* significam *lugar-comum*, enquanto *topoi* e *loci* traduzem-se por *lugares-comuns*.

Em obras estrangeiras, a expressão “lugares” (entendida como lugares-comuns da argumentação) é representada por *topoi* (τόποι, grego), *loci* (latim), *topics* (inglês), *lieux* (francês), *örter* (alemão) e *luoghi* (ou *luoghi comuni*, em italiano). Em latim, portanto, *loci* (lugares) seria o plural de *locus* (lugar) e, em grego, como dito,

⁷ Nem mesmo o conceito de lugar-comum (*topos*) é consensual. Cf. AMADO, Juan Antonio García. *Teorías de la tónica jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 119-138.

⁸ Alguns autores, como será demonstrado, qualificam a tónica como uma “arte”, um “estilo”, uma “fórmula”, outros, identificam-na como uma parte da lógica em que se estuda os lugares-comuns da argumentação, como uma arte inventiva, etc. Trata-se de um conceito equívoco, como será visto adiante. Entretanto, dadas suas características, é possível considerá-lo, simplesmente, como uma *técnica* de persuasão e resolução de problemas baseada nos lugares-comuns da argumentação, isto porque a tónica, como fim último, objetiva convencer o interlocutor (daí a persuasão) e o faz de forma organizada, metódica (onde se situa a técnica, embora, como se demonstrará, a técnica apresentada pelos estudiosos da tónica não é rigorosa e nem clara). Hoje, sabemos que a técnica pode ser conceituada como um fazer ordenado que visa a atingir resultados úteis (Cf. LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.1109; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*, p. 22-4; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 41-2; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Igualdade e Isonomia Processual*. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. (coords.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 457). Sendo assim, se a tónica objetiva persuadir o interlocutor por meio dos lugares-comuns da argumentação - ou seja, não é um modo de argumentação aleatório, desorganizado ou sem objetivo -, fácil é concluir que se apresenta como uma técnica, e não simplesmente uma arte, um estilo, uma fórmula, etc.

⁹ VALLE, Gabriel. *Dicionário latim-português*. São Paulo: IOB-Thomson, 2004, p. 446-447.

topoi (lugares) é plural de *topos* (lugar). Em latim mais arcaico, Cícero¹⁰ escreveu *locos communes* e *locus communis*.

Na língua portuguesa, não é difícil encontrar o radical grego *topos* em várias palavras. Na linguagem cotidiana, quando se diz que determinado medicamento (v.g. uma pomada, um colírio) é tópico, quer dizer que se deve aplicá-lo no *local* da enfermidade (v.g., lesão da pele, dos olhos). Também se utiliza as expressões “topografia”, “topo”, “topofobia”, etc, para fazer referência a um lugar.

Na Antigüidade, tanto os gregos quanto os romanos, quando utilizavam as expressões *topos* ou *locus* no estudo da dialética e retórica, obviamente, não o faziam como menção ao seu significado primitivo, ou seja, a um lugar físico,¹¹ mas a um lugar-comum da argumentação, um argumento, como já dito, aceito por todos, pela maioria ou pelos mais sábios e ilustres.

Para trazer um exemplo simples, pode-se lembrar que, na linguagem coloquial, é freqüente ouvir provérbios ou ditados populares na fala persuasiva, sendo que esses, por cair no gosto geral e serem utilizados por todos ou pela maioria, não deixam de ser um exemplo de lugar-comum (*topos*) da argumentação vulgar.¹²

Na área jurídica, também é possível encontrar locuções de lugar-comum, tais como “in dubio pro reo”, “interesse público”, “não tirar proveito da própria ilicitude”, “a maioria decide”,¹³ etc. Tais expressões são lugares-comuns, porquanto são aceitas por todos, pela maioria ou pelos considerados mais sábios e notáveis, sendo empregadas, na prática forense, para convencer o(s) interlocutor(es) e solucionar problemas específicos inseridos no discurso jurídico.

Pela leitura das expressões acima, vê-se que a tópica se faz presente nas sustentações orais, nos tribunais do júri, sendo também reproduzida em livros,

¹⁰ Cf. CICERONE, M. T., *De inventione*. Introduzione, traduzione e note a cura di Maria Greco. Lecce (Università di Lecce. Dipartimento di Scienze Dell'Antichità. Settore Filologico-letterario): Mario Congedo Editore, 1998, p. 224.

¹¹ A locução *topos* era usada, em sua origem, para designar um lugar físico. Só depois, com o estudo da dialética e da retórica que passou a indicar um lugar-comum da argumentação. Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. – Barueri-SP: Manole, 2003, p. 291; PETERS, F. E. *Termos filosóficos gregos: um léxico histórico*. 2 ed. – Lisboa: Gulbenkian, 1983, p. 232-233.

¹² Cf. MAGIOLI, Tatiana Souza. *Topoi argumentativos nos provérbios e ditos populares*. Disponível em: <<http://www.filologia.org.br/revista/36/11.htm>>. Acesso em 04/08/2011.

¹³ Os exemplos foram extraídos do prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior à obra de Theodor Viehweg (*Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 03-04). Outros exemplos serão apresentados ao longo desta pesquisa.

artigos e pesquisas científicas. Também não é raro encontrar acórdãos¹⁴ e sentenças judiciais que se baseiam em catálogos, legislados ou não, de *topoi*.

Até mesmo o ensino jurídico costuma seguir - ainda que a maioria dos professores não se dêem conta disto - uma matriz tópica, pois ainda é comum o uso de brocardos latinos, fórmulas ou máximas que, supostamente, solucionariam os problemas jurídicos.

Nessa linha, é possível notar que muitos juristas, mesmo os que não sabem o que é a tópica jurídica, adotam-na por mera repetição, por tradição ou por terem aprendido a estudar o direito topicamente. Por tudo isso, foi demonstrado que a tese proposta não foi meramente especulativa ou exclusivamente teórica, porquanto possui relevância prática, bastando perceber a presença da tópica no ambiente forense, quer seja no argumento das partes, quer seja nos fundamentos das decisões judiciais, como visto.¹⁵

Desse modo, se o Direito é linguagem,¹⁶ no recente paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, mostra-se necessário investigar se a tópica é uma técnica argumentativa compatível com a Democracia ou se, ao contrário, encobre uma fórmula de persuasão mais afeta aos antigos modelos de Estado Liberal ou Social.

Daí a necessidade de revisitação crítica da própria linguagem empregada no Direito, em especial, no Direito Processual.

Nesse sentido, será preciso questionar se a tópica pode ser acolhida pelo Estado Democrático de Direito, pois este paradigma constitucional rejeita toda tentativa de exclusão argumentativa dos destinatários das decisões estatais legislativas, judiciárias ou executivas. Sendo assim, já que - ao menos nas Democracias - *todo poder emana do povo*,¹⁷ é preciso perquirir se a tópica permite ou não a participação deste emanante do *poder* (melhor dizendo, *função*) *estatal*, pois, como foi demonstrado, a legitimidade decisional só existe com a participação (procedimental, e não agórica e indemarcada) popular.

¹⁴ Cf. Capítulo IX.

¹⁵ Sobre os exemplos práticos de utilização dos *topoi* nos fóruns e tribunais, conferir o Capítulo IX da tese de doutorado.

¹⁶ Como costumava dizer, dentre outros, o saudoso Prof. Calmon de Passos, como se pode ver numa de suas entrevistas, disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=W5jPuu7mhLU>> Acesso em: 27/07/2011.

¹⁷ Sendo o que prescreve o parágrafo único do art. 1º do texto constitucional brasileiro, por exemplo, quando afirma que “todo poder emana do povo”.

Diante disso, o confronto entre o discurso tópico e o discurso processual é necessário, se se quiser, sincera e seriamente, responder à questão anteriormente formulada.

Além disso, pode-se dizer que combater a tópica é lutar contra gigantes, pois muitos de seus defensores são professores e pesquisadores renomados,¹⁸ conhecidos e respeitados por seus pares, exigindo do confrontador certa dose de valentia ou, para usar expressão mais adequada, *audácia intelectual*.¹⁹ Há que se assumir, portanto, o risco do erro e de se expor à crítica.

Mesmo ciente das limitações pessoais, dos riscos da decisão e do perigo de ficar exposto, como ocorre com toda pesquisa que pretende inovar em algo, resolveu-se aceitar o desafio, certo de que se trata, tão-somente, de um convite para pesquisas futuras, já que todo estudo crítico cria novos problemas científicos.

Ao fazer tal afirmação, é preciso recordar de Karl Popper, que resumiu o método científico em quatro expressões: problemas – teorias – críticas – novos problemas, pois, para ele, “a discussão crítica, mesmo das nossas melhores teorias, revela sempre novos problemas.”²⁰ Talvez por isso, em outro local, Popper tenha afirmado que todo enunciado científico é “provisório para sempre”.²¹

Sendo assim, a presente tese de doutorado buscou, apenas, abrir uma porta para outras investigações, não tendo, nem de longe, ainda que contenha várias afirmações, o caráter conclusivo.

Outra explicação se faz necessária: ao se ler a expressão que intitula a presente pesquisa (“Tópica e Processo”) é possível notar a semelhança com o título da obra clássica do jurista alemão Theodor Viehweg (“Tópica e Jurisprudência”).²²

¹⁸ Somente para citar um destes nomes, no Brasil, cita-se o do Prof. Tercio Sampaio Ferraz Júnior, que foi, inclusive, aluno de Theodor Viehweg.

¹⁹ Para lembrar aqui uma expressão bem utilizada por Karl Popper (*Lógica das ciências sociais*. 3 ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 91).

²⁰ POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. (*The Myth of The Framework*). Tradução de Paula Taipas. Revisão da tradução de Artur Mourão. - Lisboa: Edições 70, 1996, p. 194.

²¹ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, 10. ed., São Paulo: Cultrix, 2003, p. 308.

²² A primeira edição alemã é de 1953, constituindo a tese de livre-docência de Theodor Viehweg na Universidade de München (Munique). Na Espanha, em 1964, foi publicada a tradução castelhana de Luis Díez-Picazo, pela editora madrilense Taurus, recebendo o título *Tópica y jurisprudencia*, tradução esta feita com base na segunda edição alemã (de 1963). No Brasil, ao que se tem notícia, a tradução foi realizada, pela primeira vez, por Tercio Sampaio Ferraz Júnior, sendo publicada no ano de 1979 pelo Departamento de Imprensa Nacional com co-edição com a Editora da Universidade de Brasília e apoio do Ministério da Justiça. Essa primeira edição brasileira será a utilizada ao longo desta tese. Vale registrar que a ficha catalográfica da primeira edição brasileira apontou que o título

No entanto, aquele que se propuser a ler integralmente a tese de doutorado sobredita perceberá que a pesquisa não é, propriamente, uma homenagem ao prestigiado autor germânico, mas - melhor advertir desde já - um contraponto ao método tópico-jurídico defendido por Viehweg e por tantos outros que o seguem.

Isso não quer dizer que o trabalho do jurista alemão foi desprezado ou diminuído, muito pelo contrário: a obra de Viehweg, na verdade, serviu de apoio central - melhor dizendo, de contraponto central - à pesquisa proposta, pois se optou, em certa medida, por percorrer novamente o caminho teórico empreendido pelo jurista alemão.

Porém, a retomada do trajeto percorrido por Viehweg serviu para, justamente, rejeitar suas próprias proposições: buscou-se, na raiz do pensamento de Viehweg – quer dizer, principalmente em Aristóteles, Cícero e Vico - as ausências de suas proposições teóricas e, para isto, valeu-se da testificação ao longo deste percurso.

Por essa opção metodológica, é possível perceber a influência do racionalismo crítico²³ de Karl Popper, cujas lições refletiram ao longo de toda a tese de doutoramento.

O contraponto mencionado não foi percebido na Primeira Parte da presente tese de doutorado (primeira parte intitulada *Tópica*) de forma explícita. Para a construção de sua tópica, Viehweg passou, principalmente, por Aristóteles, Cícero e Vico, além de apontar, especialmente em artigos e conferências, mesmo que de forma concisa, os principais problemas e aporias enfrentados pelas teorias do positivismo e sistema jurídico de seu tempo. Na Primeira Parte da mencionada tese, notadamente nos capítulos II, III, IV e V, o famoso livro de Viehweg foi visto somente como pano de fundo, pois se optou por percorrer um caminho quase idêntico – ou

original da obra de Viehweg seria *Topik und Rechtsphilosophie* (“Tópica e Filosofia do Direito”), talvez confundindo com outra obra do jurista alemão, em que foram reunidas alguns artigos e conferências. Entretanto, todas as obras consultadas ao longo desta pesquisa afirmam, de modo uníssono, que o título original da obra de Viehweg é *Topik und Jurisprudenz* (“Tópica e Jurisprudência”, sendo o termo “jurisprudência” aqui entendido com o significado de “ciência jurídica”, e não provimento reiterado dos tribunais). Sendo assim, provavelmente, ocorreu algum equívoco na ficha catalográfica da edição brasileira, assim como outros pequenos erros de digitação ou diagramação, que, nem de longe, reduzem a qualidade e a importância da tradução brasileira.

²³ Eduardo Neiva (*O racionalismo crítico de Popper*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1999, p. 246), explicando as proposições popperianas, ensinou que o “racionalismo crítico estabelece a prioridade da identificação dos erros em teorias com apelo a critérios racionais e empíricos, e sem depender de recurso a argumentos emocionais e psicológicos”. Interessante notar que o próprio Popper, conforme citação feita por Neiva (loc. cit.), não estava plenamente satisfeito com o termo “racionalismo crítico”, temendo que o mesmo trouxesse um novo dogmatismo. Sendo assim, rejeitando o dogma, dizia que o importante era adotar sempre uma postura crítico-científica, inclusive, perante ela mesma.

seja, muito semelhante, mas não igual - ao caminho traçado pelo mencionado jurista alemão.

Isso quer dizer que esta pesquisa percorreu o caminho teórico de Viehweg, mas não igual a Viehweg e nem, necessariamente, com Viehweg.

Assim sendo, Aristóteles, Cícero e Vico, à semelhança do que fez Viehweg, foram também estudados, porém de forma um pouco mais extensa se comparado ao que fez o jurista alemão. Mas, para que o leitor não se assuste com a afirmação e não considere o autor da tese pretensioso, é importante dizer que não houve, aí, nenhuma crítica pessoal ou desconfiança sobre a capacidade intelectual e investigativa de Viehweg, mas apenas pelo fato de que Viehweg tratou do tema de forma muito sucinta, tão sucinta que, talvez de forma proposital, tenha deixado muitas questões a serem respondidas, muitos pontos a serem explicados e muitas portas abertas para futuras pesquisas.²⁴

Cumprir lembrar que Theodor Viehweg escreveu muito pouco. Seus textos foram escritos de forma sintética, dando a impressão de que muitas questões teóricas que levantou ainda exigiam maior aprofundamento e esclarecimento.

Em seu clássico *Tópica e Jurisprudência*, por exemplo, Viehweg não realizou um aprofundamento sobre a tópica aristotélica, nem mesmo sobre a tópica ciceroniana e viquiniana, não obstante serem, todas elas, as bases teóricas de seu trabalho.

Mesmo assim, já se disse que a obra de Viehweg serviu como pano de fundo da Primeira Parte desta tese doutoral, pois, à semelhança do autor germânico, fez-se uma passagem por Aristóteles, Cícero e Vico, mas se apresentou, de forma mais estendida e detalhada, as características da tópica nesses pensadores. Assim, ao tratar desses autores (Capítulos III, IV e V), Viehweg foi pouco citado, mas, por lealdade, é preciso dizer que o mencionado jurista serviu de fonte de inspiração para o enfrentamento do tema e do percurso teórico descrito.

A obra de Viehweg, apesar de pequena em extensão, provoca inúmeras perguntas e, por isto, um número infindável de pesquisas. Deixou, propositalmente ou não, inúmeras perguntas sem respostas. Trata-se, nesse sentido, de um livro

²⁴ No Brasil, já há teses de doutorado profundas sobre tais questões deixadas por Viehweg, tais como: ÁVILA, Luiz Augusto Lima de. *Uma teoria semântica fundada em formalismos lógicos para a análise lingüística das regras de predicação e interpretação de conceitos jurídicos*. (Tese de Doutorado. 267f.) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Letras. Doutorado em Lingüística. Belo Horizonte, 2010.

essencial para os estudos jurídicos contemporâneos, haja vista pretender reinserir a tópica na Ciência Jurídica, algo que Vico já havia tentado.

Sem medo de exageros, pode-se dizer que é possível discordar, mas não desprezar, das idéias contidas no *Tópica e Jurisprudência*. É por isso que a obra de Viehweg foi tomada como ponto e, ao mesmo tempo, contraponto da pesquisa empreendida. Usando uma expressão muito em voga no mercado editorial jurídico, tentar-se-á pensar a tópica *com e contra* Viehweg, ou seja, seus escritos serão levados em consideração, quer seja para concordar, quer seja para discordar de suas proposições.

Vale advertir que, no contraponto sobredito, por se tratar de uma tese de doutorado – e que, por esta razão, deve almejar alguma inovação -, não foi utilizado o mesmo método adotado por outros críticos da tópica jurídica, entre os quais podemos citar, como nomes de destaque, Claus-Wilhelm Canaris²⁵ e Manuel Atienza.²⁶ Sendo assim, as relevantes críticas de Canaris e Atienza à tópica jurídica, por não se pautarem numa análise processual, não foram tomadas como base única da pesquisa aqui proposta, embora ambos os autores sejam lembrados ao longo da tese de doutorado aqui sintetizada.

Além do racionalismo crítico, a sobredita tese se apoiou, como já mencionado, numa concepção democrática de processo, o que mostra sua adesão à linha de pesquisa desenvolvida pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, intitulada “O Processo na construção do Estado Democrático de Direito”.

Ademais, o diálogo que se quer estabelecer será realizado entre a Tópica e o Direito Processual Democrático, sendo, portanto, diferente de outras pesquisas²⁷ que também trataram dos *topoi* da argumentação jurídica. Do mesmo modo, não se quer simplesmente – embora isso seja feito de forma intercorrente – apresentar ou criticar as técnicas de argumentação.

²⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 4. ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

²⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito - Teorias da argumentação jurídica* (Las razones del Derecho – teorías de la argumentación jurídica). Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. – São Paulo: Landy, 2003, p. 52-58.

²⁷ É diferente, portanto, do objetivo traçado na prodigiosa tese de Paulo Roberto Soares Mendonça (*A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 03), que, expressamente, afirmou: “É importante destacar que a preocupação central da presente obra não está relacionada com a análise de aspectos de natureza essencialmente processual da atuação do Poder Judiciário, mas com os mecanismos de natureza argumentativa que orientam as suas decisões”.

O objetivo central do presente trabalho foi comprovar a hipótese apresentada no início desta introdução, testificando o discurso tópico no interior de uma Teoria Democrática do Processo, checando, mediante crítica (busca de ausências), sua base de racionalidade e justificação. Vale lembrar que a tópica é também tratada na economia, sociologia, história, psicologia, música, literatura, pintura, escultura, propaganda, etc,²⁸ porém, a presente investigação será delimitada, somente, na tópica jurídica e, por ligação, jusfilosófica.

Quanto ao seu desenvolvimento e estruturação, por objetivar uma confrontação crítica entre o discurso tópico e o processual, a tese ora resumida foi dividida em duas grandes partes.

A primeira delas teve por objetivo expor o percurso histórico-teórico da tópica jurídica, começando por uma análise pré-aristotélica, passando por Aristóteles, Cícero, Vico, até chegar a Viehweg. Essa parte exerceu uma função predominantemente expositiva (mas também crítico-comparativa) de forma a fazer uma revisão bibliográfica sobre a tópica, apresentando ao leitor os conceitos básicos sobre o tema e as principais diferenças de tratamento dado pelos autores. O principal objetivo foi identificar as diferenças e semelhanças entre os principais autores que alicerçaram o discurso tópico e as diferenças entre os discursos apodítico, dialético, retórico, erístico, sofístico e poético. Essa parte foi importante para uma confrontação entre o discurso tópico e o processual.

A segunda parte foi intitulada “Tópica e Processo” e realizou o enfrentamento do problema de pesquisa propriamente dito, já que, nela, encontra-se o confronto entre o discurso tópico e o processual. Para isso, apresentou-se - rumo à formulação de uma Teoria Processual da Argumentação Jurídica - as principais características do discurso processual. Essa segunda parte, portanto, fez uma confrontação crítica, visando a aferir a (in)compatibilidade da tópica frente ao

²⁸ Certo é que, no levantamento bibliográfico, encontrou-se algumas dissertações de mestrado e teses de doutorado com passagens sobre a tópica na literatura, música, escultura, publicidade, pintura, etc. Entretanto, como já dito, esta tese de doutoramento tratou somente da tópica jusfilosófica, situando-a no plano processual. Com menção sobre a tópica em outros campos, pode-se citar: AMADO, Juan Antonio García. *Teorías de la tópica jurídica*, p. 19-41; NEDEL, Antonio. *Uma tópica jurídica – clareira para a emergência do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 203; p. 221. Como exemplo de utilização da tópica na literatura e história, podemos citar pesquisa que, em várias passagens, vale-se da tópica: AMARAL, Sérgio Alcides Pereira do. *Desavenças: poesia, poder e melancolia nas obras do doutor Francisco de Sá de Miranda*, 2007. 317f. Tese (Doutorado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – Departamento de História – Programa de Pós-Graduação em História Social – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

discurso processual-democrático. Aliás, alguns juristas de ontem e de hoje têm externado sua preocupação com a autocracia judicial, sendo que, cada um a seu modo e em diferentes graus de profundidade, têm prestado sua contribuição para a compreensão e construção de um Direito Processual Democrático. Tais processualistas foram citados ao longo da tese de doutorado aqui resumida.

Fora do Direito (e com o Direito), além de Popper, destaca-se o pensamento de Jürgen Habermas,²⁹ cientista que, mesmo não sendo um jurista em sentido estrito, tem ajudado a compreender a legitimidade das decisões na Democracia, valendo lembrar também os nomes de Giorgio Agamben, Elias Canetti e Franz Kafka, pensadores que alertam para os perigos da dominação autoritária e ideológica.

Dentre todos os autores mencionados, alguns deles exerceram maior influxo no referencial teórico da tese. Aqui se recorda de Aristóteles, Marco Túlio Cícero, Giambattista Vico, Theodor Viehweg e Juan Antonio García Amado, sem exclusão de outros autores que foram citados, como bases de compreensão do discurso tópico, assim como Elio Fazzalari, Aroldo Plínio Gonçalves, José Alfredo de Oliveira Baracho, José Joaquim Calmon de Passos, Rosemiro Pereira Leal, José Joaquim Gomes Canotilho, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Fernando Horta Tavares, Lenio Luiz Streck, André Cordeiro Leal, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Dierle José Coelho Nunes, André Del Negri e que, sem exclusão de muitos outros autores, influenciaram a construção teórica de um discurso processual-democrático e na rejeição do solipsismo judicial, algo que se pretendeu fazer nesta pesquisa. Permeando e orientando toda a reflexão, como já dito, valeu-se do racionalismo crítico de Karl Popper.

Como se vê, utilizou-se, de um lado, pensadores que auxiliaram na compreensão do discurso tópico e, de outro, juristas que foram úteis à formulação de um discurso processual democrático, sendo que, regendo toda esta reflexão, utilizou-se as proposições popperianas.

Neste ponto, já é possível perceber o marco teórico que sistematizou a presente investigação, tornando possível a verificação e a testabilidade dos conhecimentos (idéias de certeza) adquiridos, por meio do método hipotético-

²⁹ Embora existam dissensos entre Popper e Habermas, é possível conciliar algumas idéias destes dois pesquisadores no que concerne ao estudo do Direito Democrático. As reflexões de Popper sobre a crítica científica e os raciocínios indutivo e dedutivo assim como as investigações de Habermas sobre os paradigmas de Estado e a legitimidade serão úteis à presente pesquisa.

dedutivo,³⁰ inserindo-os na principiologia constitucional do Estado Democrático de Direito.

A tópica, portanto, foi analisada e testificada no interior das proposições teóricas já alinhavadas.

Por sua complexidade, a tese ora compendiada teve uma perspectiva *interdisciplinar*, haja vista que conjugou conteúdos da Filosofia, Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica, Direito Processual e Direito Constitucional, pois, só com esta articulação foi possível enfrentar o problema central já apresentado. Para isso, foram utilizados *dados primários* (v.g. legislação, acórdãos)³¹ e, prevalentemente, *dados secundários* (v.g. livros, capítulos de livros, artigos de revista, dissertações de mestrado, teses de doutorado, artigos de jornais).³² A pesquisa realizada foi de caráter bibliográfico e, por seus objetivos, não se fez pesquisa de campo.

Quando alguma decisão judicial foi citada ou transcrita, isto somente ocorreu para exemplificar a influência da tópica no Judiciário ou na prática forense, haja vista que não se adotou, como proposta metodológica, o estudo de casos.

Quanto à forma de exposição das idéias e redação do trabalho, sem eliminar a complexidade do tema, objetivou-se escrever do modo mais simples, direto e claro possível, de forma que todos os leitores, dos iniciantes aos já iniciados, possam compreender e testificar as proposições apresentadas, pois só assim é possível ofertar os argumentos à crítica e participar do jogo científico.³³

Na pesquisa aqui sintetizada, nos limites da capacidade pessoal do autor e de sua disponibilidade de tempo, tentou-se expor as idéias de forma acessível, evitando-se aparentar uma erudição que não se possui. Isto ocorrerá, sobretudo,

³⁰ Esclarece-se que o método científico seguido na presente pesquisa foi o mesmo defendido por Karl Popper (In: *A lógica da pesquisa científica*, entre outras obras). Aliás, as professoras Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias [In: *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3 ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 23)], em obra cuja leitura recomendamos, também apoiadas em Popper, chamam de este método de “raciocínio” hipotético-dedutivo.

³¹ Saliente-se que, quando os acórdãos foram utilizados nesta pesquisa, os mesmos foram transcritos no corpo do texto, com menção do tribunal, natureza da ação ou recurso, número e data de julgamento e/ou publicação em nota de rodapé. Dada a finalidade da pesquisa ora resumida, os textos legais foram mencionados somente em nota de rodapé, ainda assim, em casos muito restritos e restringindo-se, quase sempre, ao texto constitucional brasileiro. Em alguns casos, fez-se menção ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, atualmente em trâmite no Congresso Nacional brasileiro.

³² Sobre o marco teórico, natureza dos dados, setores do conhecimento e as diferenças entre as articulações mono, multi (ou pluri), inter e transdisciplinar, seguimos as preciosas orientações encontrada em: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*, p. 81-90.

³³ Cf. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, p. 307; POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*, p. 41.

porque todo aquele que escreve uma tese de doutorado o faz, justamente, para que suas propostas sejam ultrapassadas. Por isso é que o enunciado científico é sempre provisório,³⁴ ou seja, sustenta-se até que outro, mais resistente à crítica, derrube-o, conseguindo-se, assim, a evolução da própria ciência.

Ao final da investigação, o autor da tese de doutorado ora resumida chegou a algumas conclusões.

A primeira delas³⁵ é que a tópica já foi estudada, ao contrário do que afirmam alguns estudiosos, antes mesmo de Aristóteles, mas que, devido aos vários fatores levantados, foi com o estagirita que o tema ganhou destaque e chegou até os dias atuais. Por isto, tentou-se compreender a proposta aristotélica³⁶ e, para uma visão mais profunda, foram apresentados os principais aspectos dos discursos dialético, apodítico, retórico, erístico e poético, além de outras características igualmente importantes, como a função do *entimema*, da *endoxa* e dos *topoi* para a tópica, assim como os efeitos da contingência frente aos raciocínios indutivo e dedutivo, dentre outros aspectos. Viu-se que a tópica seria aplicável aos discursos dialético e retórico, tão-somente, já que tal técnica argumentativa, por suas características, não consegue se ajustar com precisão aos discursos apodítico, erístico e poético.

Em seguida, concluiu-se³⁷ que a tópica ultrapassou a Grécia e adentrou na Roma Antiga por meio do trabalho desenvolvido por Cícero que, não bastasse, alinhou a tópica ao Direito, algo que Aristóteles ainda não havia feito. A influência de Cícero alcançou e penetrou, inclusive, na Idade Média, tendo tido grande prestígio.

Embora o estudo da retórica tenha se disseminado entre os eruditos da Idade Média e adentrado na Idade Moderna,³⁸ neste último período, especialmente pela influência de Descartes, a tópica entrou em descenso entre os intelectuais, que passaram a se valer da apodítica, da sistemática e do método cartesiano para o estudo científico em geral. Foi nesse período que Giambattista Vico tentou, sem sucesso, convencer aos estudiosos de seu tempo que o método dos antigos - que consistia na retórica, na dialética e na tópica - era o mais adequado à Ciência

³⁴ É o que diz Karl Popper. Cf. *A lógica da pesquisa científica*, p. 306.

³⁵ Capítulo II da tese de doutorado ora resumida.

³⁶ Capítulo III.

³⁷ Capítulo IV.

³⁸ Capítulo V.

Jurídica (Jurisprudência) de seu tempo, haja vista a necessidade de consideração do contexto histórico que, segundo Vico, deveria ser captado pelo intérprete.

Entretanto, apesar do esforço de Vico, a influência de Descartes foi estrondosa, tanto na Idade Moderna quanto na Idade Contemporânea, repercutindo fortemente na Ciência Jurídica, tendo reflexos nos movimentos de codificação, na teoria do sistema jurídico e mesmo no positivismo exegético. Ainda hoje, vê-se que o raciocínio de cunho apodítico e sistemático possui grande prestígio e é muito utilizado.

Foi nesse ambiente que Viehweg,³⁹ já no século XX, diante da predominância dos raciocínios jurídicos antes mencionados, propôs um resgate teórico muito semelhante ao que Vico havia proposto no final da Idade Moderna. O jurista alemão, então, retomou o caminho que Aristóteles, Cícero e Vico, especialmente estes três, haviam percorrido e, em 1953, publicou sua famosa obra *Topik und Jurisprudenz* (Tópica e Jurisprudência) que, até hoje, apesar de pequena em extensão, embasa pesquisas jurídicas em todo o mundo.

Em seu texto, assim como em artigos publicados, Viehweg parece se dirigir contra um rigor do discurso apodítico que embasou tanto o positivismo exegético quanto o raciocínio sistemático puramente dedutivo. Talvez, a obra de Viehweg seja pouco extensa, porque, justamente, não é uma obra original em sua essência, mas representa uma retomada das propostas da Antigüidade, tanto é que o jurista alemão, além de repetir os conceitos antigos, costuma ser adjetivado de neoaristotélico. Aqui não se trata de uma censura ao trabalho do jurista alemão, mas apenas um apontamento que ele mesmo, de modo explícito, fez.

Viehweg adaptou a tópica aristotélica, com as contribuições de Cícero e Vico, aos debates jusfilosóficos de seu tempo, apresentando uma tópica jurídica que, segundo defendia, seria aplicável à *Jurisprudenz*.

Entretanto, apesar da pequena extensão dos escritos de Viehweg, o mencionado jurista foi recordado do início ao fim deste trabalho e adotado como um pano de fundo, motivo pelo qual se revisitou os autores que mais o influenciaram, já que seria de pouca utilidade estudar, por exemplo, Aristóteles pelos olhos de Viehweg. Diferentemente, procurou-se estudar Aristóteles com Aristóteles, Cícero

³⁹ Capítulo VI.

com Cícero e assim por diante até se chegar ao próprio Viehweg, justamente, para compreender o caminho percorrido pelo pensamento.

Na presente pesquisa, evitou-se fazer, simplesmente, leituras indiretas, mas, mais do que isso, tentou-se compreender mais a fundo os motivos que levaram Viehweg a, em pleno século XX, retomar uma discussão da Antigüidade. Com isso, tentou-se, nos seis primeiros capítulos deste trabalho, compreender Viehweg com Viehweg.

Percebeu-se que o jurista alemão resgatou uma discussão que estava adormecida e que era – e ainda é – de suma importância. Viehweg pareceu acolher a mesma questão que, muito antes, Vico havia formulado: qual o melhor método para a Ciência Jurídica?

Atualmente, diante do avanço da Teoria da Argumentação Jurídica e da Filosofia da Linguagem, tendo em vista que o Direito é, sobretudo, linguagem, tal pergunta pode ser feita de outro modo: *qual o discurso jurídico adotado pelo Estado Democrático de Direito?*

Já se disse que é um erro iniciar o estudo da tópica partindo de Viehweg, especialmente porque o mencionado jurista alemão se apoiou na tópica de Aristóteles, Cícero e Vico. Sem estes três últimos autores Viehweg não seria capaz de defender a aplicação da tópica na Ciência Jurídica contemporânea. Por isso esta pesquisa procurou compreender as idéias de tais autores da Antigüidade.

Contudo, o risco de se basear em autores da antigüidade (notadamente, Aristóteles, na Grécia Antiga, e Cícero, na Roma Antiga) e da modernidade (Vico) é o perigo de se comparar e pretender aplicar institutos de períodos históricos distintos. Certamente, o que moveu Aristóteles, Cícero, Vico e Viehweg a defender a tópica foram fundamentos totalmente distintos em cada tempo, mas, em todos eles, no plano teórico, é possível perceber o objetivo comum de combater o raciocínio meramente apodítico como método único de discurso e, para tanto, sustentaram a tese de que a opinião de todos, da maioria ou dos mais sábios e famosos (a *endoxa*) constituem uma premissa segura para encaminhamento da argumentação filosófica e jurídica.

Por conta disso, demonstrou-se ao longo do trabalho que a tópica estimula o surgimento da malta, do povo icônico, do *homo sacer*, do camponês kafkiniano, pois, além de desprezar a opinião do indivíduo (anulando-o), homologa,

de forma solipsista, a opinião unânime ou majoritária, vendo-a como a única passível de utilização discursiva.

Neste ponto reside um dos principais entraves para a adoção da tópica no Estado Democrático de Direito, porquanto, além da distância histórica que a separa da contemporaneidade, há uma evidente carência de legitimidade, pois a tópica, antiga e contemporânea, baseia-se na figura da autoridade solipsista e na concepção de que existem locutores privilegiados da lei.

Foi por isso que, na segunda parte desta pesquisa, que se intitulou *Tópica e Processo* e foi formada por três capítulos, diante das atuais conquistas teóricas das Teorias da Constituição e do Processo, iniciou-se uma investigação no sentido de, *primeiro*, tentar apresentar algumas bases de compreensão do discurso processual,⁴⁰ este último sempre entendido sob a matriz do Estado Democrático de Direito, e, *segundo*, confrontar a tópica com o discurso processual,⁴¹ justamente por se saber que, quando Viehweg era vivo, o Processo Constitucional ainda estava em seus primeiros passos e, mesmo assim, com grande predominância dos estudos que ocorriam na América Latina – e não, propriamente na Alemanha, o que talvez tenha ocorrido, até mesmo, pela destruição causada pela Segunda Grande Guerra.

Provavelmente, a dificuldade de Viehweg para compreender como a tópica jurídica poderia ser utilizada no discurso processual e como seria aplicada sem ferir os princípios da legalidade e supremacia da Constituição deve-se ao fato de que, em seu tempo, o Processo Constitucional⁴² ainda não havia chegado à Europa, ao menos, do modo como já influenciava os estudos processuais latino-americanos.

Nesse sentido, após terem sido feitos alguns delineamentos teóricos do discurso processual e apresentadas brevemente algumas incompatibilidades entre este último discurso e a tópica, analisou-se alguns acórdãos prolatados por tribunais brasileiros⁴³ e que, expressamente ou não, procuraram se valer da tópica jurídica como técnica argumentativa de fundamentação e decisão.

No último capítulo, tentou-se mostrar como a tópica jurídica vem sido compreendida e aplicada pelos tribunais, comprovando-se outra hipótese apresentada na introdução da tese de doutorado, qual seja, a de que a tópica é uma

⁴⁰ Capítulo VII.

⁴¹ Capítulos VII, de forma intercorrente, Capítulo VIII e IX, estes últimos de forma mais direta.

⁴² Cf. item 7.2.

⁴³ Capítulo IX.

técnica argumentativa empregada pelos órgãos judiciários, ainda que o tema não tenha sido corretamente compreendido e aplicado pelos tribunais.

Ainda, viu-se que o discurso processual democrático não se satisfaz com qualquer argumento ou com qualquer fundamentação. Constatou-se, também, que ao discurso processual não interessam somente os fins, mas também os meios, porquanto a legitimidade decisória só é alcançada pela efetiva participação daqueles que sofrem os efeitos dos provimentos (decisões) ao longo do procedimento.

Os argumentos passíveis de utilização no discurso processual devem ser passíveis de crítica, devem se ofertar ao contraditório ou, se se quiser utilizar uma expressão popperiana, devem ser aptos a alcançar o Mundo 3. Tais argumentos possuem índole objetiva.

Do mesmo modo, os provimentos judiciais, executivos ou legislativos que utilizam argumentos que habitam o Mundo 2 (argumentos subjetivos) são ilegítimos no plano do *devido processo*, pois são solipsistas, acríticos, e, sendo assim, sobre eles não atua o contraditório. Estes fundamentos e argumentos são impassíveis de falseabilidade, de refutação e, por conseguinte, não é possível exercer o contraditório sobre os mesmos. Este é o motivo pelo qual os princípios⁴⁴ da objetividade argumentativa, aqui entendido sob a influência de Popper, bem como o princípio da formalização argumentativa, sem prejuízo dos demais apresentados, parecem ganhar destaque na tentativa de identificação dos princípios regentes do discurso processual no Estado Democrático de Direito.

O fato é que os fundamentos e argumentos extraídos da mente e moral solipsista - notadamente dos participantes diretos do discurso, tais como os argumentos subjetivos eventualmente apresentados pelo julgador, pelos advogados ou promotores de justiça -, mesmo quando externados, não podem ser testificados pelos destinatários das decisões. Como, por exemplo, exercer o contraditório sobre a moral ou as preferências subjetivas do julgador? Parece ser, no mínimo, difícil, sendo que, nesses casos, eventuais recursos devem ser interpostos sob a alegação de ausência de fundamentação jurídica e de violação do Devido Processo, o que deve gerar – ao menos, deveria – a invalidação da decisão.

Fundamentação subjetiva não é fundamentação jurídica!

⁴⁴ Cf. Item 7.4 e subitens da tese de doutorado aqui sintetizada.

Por isso é que os argumentos subjetivos, notadamente quando utilizados no discurso processual, realizam a *suspensão arbitrária e abrupta do princípio da fundamentação suficiente*, não escapando do *Trilema de Münchhausen*.⁴⁵

O *regresso ao infinito*, o *círculo lógico na dedução* e a *interrupção do procedimento em determinado ponto*, que expressam o sobredito trilema, acabam por impossibilitar o exercício dos princípios institutivos do Processo, criando um espaço do soberano, ou seja, um espaço infiscalizável, não-procedimental.

Justamente por isso, alguns argumentos encontrados nos provimentos estatais, dentre eles, como hipótese central, a *endoxa* e os *topoi*, mesmo quando formalizados (escritos), não conseguem alcançar o Mundo 3, não conseguem se objetivar, motivo pelo qual, por serem subjetivos e impassíveis de fiscalização, por prescrição constitucional, não podem ser utilizados como argumentos legítimos, sob pena de invalidação do provimento exarado.

Para ser mais direto, os argumentos empregados na tópica jurídica não se enquadram no conhecimento objetivo popperiano, não adentram no Mundo 3 e muito menos escapam do Trilema de Münchhausen, sendo imprestáveis, por conseqüência, como técnica argumentativa democrática.

A tópica é um discurso homologador da tradição, justamente por se apoiar opiniões aceitas por todos, pela maioria ou pelos considerados mais sábios e famosos. As premissas da tópica acabam sendo apresentadas subjetivamente pelo intérprete da lei, não criando condições para que, ao menos, a tradição seja apropriada de forma crítica ou reflexiva.

Ademais, não pode a fundamentação das decisões e as alegações das partes (causa de pedir) se apoiarem, simplesmente, no argumento do mais sábio pelo simples fato do interlocutor ser considerado notável, pois tal postura gera uma dominação autoritária. O fato de alguém ser considerado mais sábio e mais famoso por todos ou pela maioria não lhe confere, de per si, a capacidade de ditar os argumentos válidos no discurso. Por exemplo, mesmo os argumentos emanados por juristas considerados sábios e renomados devem passar pela crítica do contraditório e sob a regência do Devido Processo. Os interlocutores devem, portanto, indagar se o argumento manifestado por determinado jurista ou tribunal está de acordo ou não

⁴⁵ Cf. Item 3.1.4 da tese de doutorado.

com o Processo Constitucional. Se não estiver, obviamente, o argumento não pode ser valorizado procedimentalmente.

Percebe-se que, na esfera governamental (judicial, executiva e legislativa), os fundamentos de natureza tópica – os quais, segundo se apregoa, são colhidos de um consenso entre interlocutores privilegiados, ou seja, entre os locutores autorizados da lei -, ocultam-se à crítica, porquanto são extraídos da mente solitária do agente governativo (v.g. juiz, senador, vereador, governador, etc).

Destarte, apesar do esforço de Viehweg e do paradoxo aparente, o catálogo de *topoi* acaba se transformando num catálogo de premissas cartesianas, porquanto, não obstante a tentativa dos defensores da tópica jurídica, não conseguem sair do subjetivismo (eu) e adentrar na intersubjetividade (nós). Os *topoi* apresentam-se como outro *a priori* da razão pura, pois não são extraídos da razão comunicacional, mas sim da razão subjetiva. Troca-se a premissa verdadeira do discurso apodítico positivista (a lei), por outra premissa de mesma espécie (os *topoi*), só que, agora, a premissa apodítica não é ditada pelo legislador, mas pelo magistrado.

Ao que parece, o tão rejeitado positivismo jurídico exegético e a tão combatida teoria do sistema, precisam, tal como a tópica jurídica, de uma alta carga de legitimidade para que possam ser utilizadas no Estado Democrático de Direito, o que, ao que se vê, não é possível nos moldes clássicos.

A tópica jurídica exige, na prática, uma autoridade supra-sensível ou supra-virtuosa capaz de captar escopos meta ou pré-jurídicos do processo. Seria tal autoridade um locutor privilegiado da lei capaz de apreender uma realidade que estaria fora ou subjacente ao próprio texto normativo que procura interpretar. O intérprete, tenta, portanto, captar uma verdade fora do ordenamento jurídico.

Por estes motivos, afirmou-se que a tópica jurídica se traduz numa técnica argumentativa da *exceptio*, pois suspende a aplicação da lei por uma via extra-sistêmica e metajurídica, transformando o intérprete num soberano que estaria, ao mesmo tempo, dentro e fora do Direito.

Trata-se, portanto, neste ponto, de um método semelhante ao cartesiano (ao sistemático, ao apodítico e ao positivismo exegético), o que soaria paradoxal para Vico e Viehweg. Não deixa de ser curioso perceber que Viehweg e seus seguidores - que tanto lutaram contra a apodítica cartesiana, o raciocínio positivista

exegético, sistemático e dedutivo - acabam adotando argumentos subjetivos, não mais frente à lei, mas frente aos *topoi*.

Contudo, no discurso processual, mesmo a razão comunicacional deve ser realizada num espaço procedimental de matriz fazzalariana, e não no espaço nu, sendo ingênuo imaginar que, na prática jurídica, todos os interlocutores estejam dispostos a aprender um com o outro, a dar razão ao outro, a abrir mão de suas convicções em prol da verdade ou dos ideais de justiça. O discurso processual não pode pressupor uma comunidade ideal de fala pautada numa ética discursiva universal, em que todos possuem a mesma índole moral, pois, bastará que um não esteja disposto a aderir eticamente a esta comunidade ideal para que o discurso não se instaure validamente.

Por isso é que o discurso processual, ao invés de exigir que todos tenham a mesma predisposição moral de buscar o bem-comum, procura instaurar um eixo hermenêutico-lingüístico único que, mesmo respeitando as diferenças e os espaços de individualidade, regulamentam o discurso pela regência do Devido Processo. Assim, pouco importará se os interlocutores assumam uma postura moral ou outra, já que, se quiserem participar do discurso processual, deverão se submeter às normas jurídicas do Processo Constitucional.

Diferentemente do que ocorre na tópica jurídica, os argumentos e a fundamentação encontrados nas petições e decisões devem se apoiar, antes de tudo, na interpretação de determinado texto legal que, em tese, é aplicável ao caso. Tal apoio no texto normativo é fundamental e a lei deve ser levada a sério.

O contrasenso é que a tópica jurídica, em última palavra, pressupõe a existência de locutores autorizados da lei que podem, sozinhos, captar a realidade e a história pelos sentidos ou experiência pessoal, muitas vezes, em detrimento da própria lei que se procura interpretar.

A difundida idéia de que o Direito deve se adaptar à realidade consiste num erro epistemológico grave, pois o texto constitucional, diferentemente, é um projeto de construção de uma nova realidade, e não um homologador desta. A Constituição é um projeto de construção de uma nova sociedade, de uma nova realidade.

Nesse sentido, como dito, os *topoi* blindam a decisão do contraditório, pois não permitem uma plena discussão sobre como o provimento judicial deve ser construído, afinal, se os *topoi* são eleitos, solitariamente, pelo julgador, não será

possível exercer o contraditório em torno de sua visão solipsista de mundo (v.g. experiências pessoais, subjetiva concepção de sociedade, história, política, economia, etc).

Assim, como a linguagem jurídica é intersubjetiva e busca a legitimidade, o Devido Processo não autoriza a quem quer se seja que se comporte como a única voz apta a interpretar a lei, porquanto, no Estado Democrático de Direito, a construção do provimento e a aplicação da lei deve ser, como insistentemente dito, compartilhada.

O discurso tópico também se baseia no princípio da não-contradição, pois a *endoxa* e os *topoi* são usados como orientadores do discurso dialético ou retórico, sendo impossível discutir suas bases de legitimidade. Os interlocutores devem, simplesmente, aceitá-los ou não como premissas do discurso, consentir com os mesmos ou não. Caso alguns dos interlocutores recusem a opinião apresentada, não se formará a *endoxa*, e, portanto, não será possível a instauração do discurso tópico.

Ocorre que o discurso processual não é, em si, consensual - aqui não se trata do procedimento de jurisdição voluntária, onde não há processo, mas só procedimento -, pois não exige qualquer consenso prévio entre os interlocutores. Há o monopólio estatal da jurisdição e a mesma é considerada obrigatória e impositiva, pois, quer o demandado (réu) concorde ou não, uma vez regularmente citado, participará do procedimento (ainda que participe com seu silêncio, o que não deixa de ser uma manifestação do contraditório) e sofrerá os efeitos da decisão prolatada, quer queira, quer não.

Há, portanto, uma diferença bem evidente entre os discursos dialético, retórico e, por conseqüência, tópico, afinal, como dito, o discurso processual, ao contrário dos demais, não exige qualquer aquiescência sobre premissas discursivas. O Devido Processo será aplicado, indistinta e impositivamente, a todos os participantes do discurso processual. Não há, neste último discurso, necessidade de se eleger uma *endoxa*.

Aliás, os interlocutores do discurso processual, por serem parciais, costumam defender teses distintas sobre a melhor interpretação da lei e raramente há um consentimento sobre tal tema. Exigir um consenso prévio entre os interlocutores processuais (autor, réu, juiz, etc), que possuem interesses e objetivos distintos é, de certo modo, até ingênuo. Não existe um consenso inerente à fala e,

não raro, as partes também não concordam com as premissas ou os *topoi* postos pelo julgador no discurso tópico.

A sofocracia, o compromisso ético pressuposto e a legitimidade centrada na aceitação da opinião de todos, da maioria ou dos mais sábios e notáveis, acaba sendo, também, uma expressão de subjetividade do discurso tópico.

Por observância do princípio da reserva legal, sabe-se que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Sendo assim, é inviável se permitir que o juiz extraia, solitariamente, os lugares-comuns da argumentação, os quais, em geral, não guardam conexão direta com a lei. A *endoxa* e os *topoi*, não raro, apóiam-se em idéias que extrapolam o Direito e que tendem a desestabilizar o raciocínio dedutivo do sistema jurídico, sendo assim, permitir-se o uso de tais argumentos é o mesmo que autorizar que o julgador se valha de argumentos metajurídicos, colocando-o como supra-parte, bem ao gosto dos adeptos da Teoria do Processo como Relação Jurídica de Bülow, o que retirará a legitimidade democrática da decisão final.

Na perspectiva tópica, parece não existir uma cogitação acerca da legitimidade democrática do processo legislativo, ou seja, não se investiga a legitimidade do próprio modo de produção e aplicação das leis. A tópica se vale do pragmatismo histórico-linguístico e cai, faltamente, no *mito do contexto*.

Atualmente, o juiz não pode ser reduzido a um intérprete mítico capaz de, sozinho, captar uma realidade refletida na opinião de todos, da maioria ou dos mais sábios e ilustres, pois, ao adotar tal postura, primeiro, cairá no solipsismo decisional, segundo, homologará a tradição de forma acrítica, o que fere a própria complexidade das sociedades abertas, *sem centro* e não-tribais. O mesmo raciocínio vale para os argumentos utilizados pelas partes e seus procuradores.

A tópica jurídica é, sem dúvida, uma técnica argumentativa interessantíssima, complexa e exige dos interlocutores uma alta capacidade intelectual e, no que tange à necessidade de estabelecimento consensual das premissas (*endoxa*) e dos *topoi*, grande aptidão ao diálogo e civilidade.⁴⁶

O uso prático da tópica exige que todos os envolvidos no discurso processual – juízes, advogados, promotores de justiça, etc – tenham capacidade de diálogo, conheçam profundamente as características do discurso dialético, retórico e

⁴⁶ Civilidade no sentido próximo do usado pelos romanos, ou seja, entre pessoas que já possuem direitos efetivados a seu favor, já participam da comunidade jurídica.

tópico, assim como estejam dispostos a chegar a um acordo sobre qual é o problema a ser resolvido, as premissas a serem utilizadas (no caso, quais são as opiniões de todos, da maioria ou dos mais sábios e famosos – *endoxa* – que serão aceitas, por todos os interlocutores, como base para o desenvolvimento de todo o discurso), assim como as ferramentas argumentativas hábeis (os *topoi*) a, em tese, solucionar o problema apresentado ao juízo.

Porém, como já visto, se um dos interlocutores não souber manejar a tópica, não estiver disposto a usá-la ou não consentir com a eleição das premissas, não se terá, tecnicamente, a tópica.

Sendo assim, a tópica jurídica é um discurso realizado entre pessoas civilizadas e ilustradas, ou seja, interlocutores que estão dispostos a aprender com o outro – sendo capazes de abrir mão de suas convicções em prol do outro - e que conhecem todas as técnicas argumentativas descritas ao longo deste trabalho.

Se um participante não estiver, intimamente, disposto a aprender com o outro e não estiver inclinado a usar conjuntamente tal técnica argumentativa, em discurso dialético ou retórico, será impossível se estabelecer a tópica. Há, portanto, a necessidade de se ter um consenso ético, um consenso inicial em torno das premissas a serem utilizadas, assim como uma ilustração plena em torno do manejo da tópica jurídica.

Por tudo isto, tendo em vista que as partes possuem interesses conflitantes e, salvo raríssimas hipóteses, não estão dispostos a abrir mão dos mesmos, diante da impossibilidade de se garantir que a totalidade de juízes, promotores de justiça e advogados tenham ilustração suficiente para saber as diferenças entre os discursos dialético, retórico, apodítico, poético e erístico, assim como o que vem a ser a tópica jurídica e em quais discursos pode ser utilizada, bem como, diante da impossibilidade de se garantir que todos os interlocutores, numa etapa inicial, sejam capazes de, consensualmente, estabelecer a *endoxa* e os *topoi*, parece que a tópica jurídica se situa mais no plano do ideal do que do real, ou melhor, tal técnica argumentativa parece habitar mais os livros jurídicos do que a prática judiciária, ao menos, a brasileira.

Exigir-se um compromisso ético, um consenso prévio e uma equiparação intelectual entre juízes, advogados e promotores de justiça parece ser, ao menos aos olhos da atualidade, uma quimera.

Na prática, se estiver disposto a malograr por completo um discurso tópico, bastará que o advogado de uma das partes diga que não concorda com determinada *endoxa* ou determinado *topos*, pois, com esta simples recusa, a tópica não poderá se desenvolver e morrerá logo na primeira etapa.

Não bastasse, se os próprios estudiosos da tópica não chegam a um consenso sobre o conceito de *topoi*, sobre como devem ser utilizados, sobre as características do discurso, etc, como esperar que tal consenso exista na prática forense?

Ademais, exigir-se um consenso entre litigantes com interesses distintos, em qualquer tema, mais ainda numa sociedade plural (sem centro), parece ser exigir algo que a contemporaneidade não pode dar, especialmente sob a égide do Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus alicerces o respeito à opinião de todos, inclusive, das minorias. O Direito Processual Democrático assegura, sob o eixo lingüístico das normas constitucionais, o direito de pensar de modo diferente.

Respondendo às questões, a tópica jurídica parece não conseguir superar o *mito do contexto* e a inocência na fala, esperando que algum consenso esteja escondido na linguagem dos interlocutores para que, em algum momento, pela *inventio* do intérprete solipsista, seja descoberto.

Ao que tudo indica, a tópica jurídica parece se enquadrar na *pragmática lingüística*, já que quem a utiliza deve se preocupar com o uso da palavra dentro de um contexto de fala. Trata-se de uma técnica lingüística orientada para resolver problemas práticos, sendo que os *topoi*, ao menos em tese, servem para a resolução dos problemas concretos delimitados no início do discurso.

Contudo, diante da ausência de um maior desenvolvimento teórico - ao que parece, ainda não conseguido por Viehweg e seus seguidores -, da polissemia de conceitos, da ausência de previsão clara sobre como utilizar os *topoi* (um dos objetos centrais desta técnica argumentativa) e da desnecessidade aparente de uma objetividade e formalização argumentativa, percebe-se que a tópica jurídica é pouco útil para o discurso processual, que exige maior previsibilidade argumentativa e um procedimento previamente definido em lei.

Na prática, a tópica parece ser uma técnica que não objetiva, propriamente, a interpretação do texto legal, mas sim, uma fuga do texto, uma forma de não se levar o texto a sério.

A tópica jurídica não é previamente prevista e estruturada segundo um modelo legal e seu uso, que pode ser restrito à oralidade, é imprevisível, adequando-se a um contexto lingüístico-pragmático amorfo, indemarcado e que pode alterar seu formato no curso da fala, tal como já explicado ao longo deste trabalho.

O discurso processual, como dito, exige a não-surpresa, motivo pelo qual a tópica jurídica é imprestável ao Estado Democrático de Direito, ao menos, nos moldes propostos por Aristóteles, Cícero, Vico e Viehweg.

Não bastasse tudo isso, outra dificuldade de se utilizar a tópica jurídica na prática forense é o fato de não se saber ao certo em que discurso seria aplicada. Como já demonstrado, os estudiosos ora dizem que a tópica é aplicada ao discurso dialético, ora ao retórico ou mesmo a ambos. Imaginando que ambos os discursos são idênticos, alguns usam a locução *dialético-retórico*, aumentando ainda mais a polissemia.

Tal fato dificulta, como dito, a previsibilidade argumentativa, a formação de uma estrutura procedimental, assim como a utilização técnica da oralidade em juízo, pois os interlocutores, v.g., participariam de uma audiência sem saber como falar, o que falar, quando falar, motivo pelo qual se reafirma a incompatibilidade da tópica com o discurso processual, pois este último não pode se desenvolver de forma tão aleatória e imprevisível.

Mas qual seria a natureza do discurso processual? Seria dialético, apodítico, retórico, erístico ou poético?

Mesmo se conhecendo as características de cada um desses discursos, parece ser difícil responder à questão plenamente, sendo possível, apenas, apresentar um esboço, ou melhor, conjecturar.

Ao que tudo indica, o discurso processual democrático possui natureza distinta às modalidades discursivas acima apresentadas, parecendo corresponder, portanto, a outro gênero.

Primeiramente, é preciso reafirmar, com Gomes Canotilho, que a interpretação deve partir da norma jurídica para o problema, e não o contrário, como recomenda a tópica.

Ao que parece, o discurso processual é predominantemente dedutivo, e não indutivo, pois, mesmo as alegações factuais (causa de pedir remota) apresentadas em juízo devem ter alguma conexão normativo-dedutiva com a norma

jurídica. Não se parte do fato narrado à norma jurídica, mas da norma jurídica, ao fato. Tal ligação é, pelo que parece, dedutiva, ao menos, predominantemente, já que vai do geral (norma jurídica abstrata) para o particular (alegação factual).

Se se entender que o discurso processual é, exclusivamente, indutivo, partindo-se do caso concreto para a regra geral e abstrata, corre-se o risco de se ferir a igualdade (isegoria) perante a lei e a isonomia processual. Se a lei é uma só para todos, não se pode criar particularidades indutivas pautadas na dialética, na retórica e na tópica. O intérprete, ao que parece, deve atuar de forma contrária: compreender o comando emanado pela norma jurídica, o que a lei quer dizer abstratamente para, após, dirigir-se à interpretação da situação particular narrada, aferindo se esta se enquadra ou não na norma jurídica para, finalmente, aplicá-la ou não ao caso.

Assim, o discurso processual parece ser, repita-se, predominantemente dedutivo, e não indutivo. Tal afirmação ajudará a chegar a outras conclusões.

Nessa linha, é possível arriscar a mais uma conclusão (sempre provisória): o discurso processual se aproxima mais do discurso apodítico – somente se aproxima, mas é bem diferente deste também, como será visto - do que dos discursos dialético e retórico, embora não se possa dizer que as conexões dedutivas se dão do mesmo modo como pretendiam os positivistas exegéticos. O que se quer dizer – é importante destacar – é simplesmente que ele se aproxima mais da dedução, mas não quer dizer que seja apodítico nos moldes clássicos e nem que a lei é tomada como uma verdade indiscutível. Trata-se apenas de uma aproximação, e não de uma identidade.

Tal aproximação com o discurso apodítico se dá pela cadeia dedutiva que forma entre a norma jurídica e a causa de pedir remota (alegações factuais), e não porque há uma verdade absoluta que deve se aceitar de per si, tal como dizia Aristóteles e tantos outros ao explicar a apodítica. Sendo assim, não se quer dizer que a aproximação maior com o discurso apodítico seja tal como se dá no positivismo exegético. Como se vê, não foi isto que se quis dizer. O que se afirmou é, apenas, que há uma conexão dedutiva predominante se comparada à indutiva e, por este motivo, há uma aproximação maior com o discurso apodítico, o que não quer dizer que o discurso processual seja como o apodítico aristotélico.

Algo que impede o discurso processual de ser igual ao discurso apodítico – e esse obstáculo faz toda a diferença, alçando-o para longe da apodítica – é o fato

que a lei, como dito, não é tomada como algo que se explica de per si, algo que possui um sentido autopoietico. A lei sempre exigirá uma interpretação e não pode ser tomada como uma verdade por si mesma, como se não suplicasse a presença de um intérprete. Sendo assim, pela via do contraditório, o discurso processual realiza uma crítica do próprio texto normativo, confrontando-o, principalmente, com o sentido trazido pela interpretação do texto constitucional.

Percebe-se, assim, que quando se diz que o discurso processual se aproxima do apodítico, faz-se isso, simplesmente, para realçar a dedução, e não para dizer que o discurso processual é tal como o discurso apodítico.

O rigor dedutivo do discurso apodítico parece não se emoldurar plenamente ao discurso processual. A vida humana é, em si, contingencial. Aliás, basta lembrar que os fatos narrados em juízo (causa de pedir remota) são contingenciais. Ademais, para diferenciar de uma vez por todas o discurso processual do discurso apodítico, tem-se que o cumprimento ou não dos ônus processuais não deixa de ser uma situação contingencial - ainda que possa ser interpretado dedutivamente - que repercute no conteúdo do provimento final, sendo que tal contingência não é admitida no discurso apodítico.

Por isto, o discurso processual não se enquadra plenamente no discurso apodítico.

Ocorre que a tópica jurídica faz com que o discurso jurídico caia em outro extremo: foge-se do rigor apodítico e o transforma num discurso amorfo, o que também é incompatível com o discurso processual.

Além disso, pode-se dizer que o discurso processual, apesar do que se costuma afirmar insistentemente em centenas de livros e artigos que tratam do Direito Processual, após as recentes conquistas teóricas do Processo Constitucional, parece não ter a natureza de um discurso dialético e retórico. Além dos motivos já apresentados ao longo desta pesquisa, é possível repisar cinco distinções: a) os discursos dialético e retórico são, predominantemente, indutivos, o que não parece ser o caso, como já dito, do discurso processual; b) os discursos dialético e retórico baseam-se, ambos, na *endoxa* e no *compromisso ético pressuposto*, o que, pelos motivos já apresentados neste trabalho, é incompatível com o discurso processual; c) os discursos dialético e retórico podem ser exclusivamente orais, o que não se admite no discurso processual; d) os discursos dialético e retórico são sofocráticos, fomentando o solipsismo e a dominação

autoritária, algo que não se coaduna com o discurso processual; e) dos discursos dialético e retórico, ao menos nos moldes clássicos, não são demarcados proceduralmente.

Embora, na prática judiciária, o discurso processual normalmente tenha o objetivo da persuasão ou convencimento, ainda que este seja um ponto de afinidade com a retórica, como já se afirmou, seria ingenuidade esperar que o discurso processual utilize a *endoxa* e exija o mencionado compromisso ético pressuposto. Trata-se de dois obstáculos que, agregados aos já mencionados, torna difícil o enquadramento perfeito do discurso processual entre os discursos dialético e retórico.

A refutação dos discursos dialético e retórico se dá pelos mesmos motivos atinentes à tópica jurídica, haja vista que tal técnica argumentativa é aplicada nos mencionados discursos. Sendo assim, parece ser desnecessário repisar tudo o que já foi dito até aqui.

O discurso processual não possui, também, natureza de discurso poético, pois, ao que parece, nenhuma das características deste último parece estar presente no primeiro. Basta lembrar que o discurso poético exige uma suspensão da veracidade e da probabilidade, além de ser mais próximo da unilateralidade do que da bilateralidade, o que já o afasta por completo do discurso processual.

Em decorrência do princípio da lealdade processual, também não se pode dizer que o discurso processual possui natureza de discurso erístico, pelo simples fato de que este último objetiva a persuasão a qualquer preço, sendo que o objetivo do orador é iludir seu ouvinte. Além disso, por tais características, o discurso erístico é conduzido unilateralmente pelo orador, tendo o ouvinte a falsa impressão de que está também participando do discurso. O discurso processual, como dito, é regido pelo princípio da lealdade processual, que institui normativamente normas de conduta e encaminhamento dos argumentos, o que não parece se adaptar plenamente ao discurso erístico que, quando utilizado na prática forense, habita a esfera da ilegalidade.

Por fim, volta-se a dizer que a tópica jurídica é vaga, maleável, adapta-se aos problemas, não é rigorosa do ponto de vista apodítico e sistemático, e, por isso, pode ser usada como instrumento de manipulação da norma jurídica, fazendo com que a mesma atenda aos interesses do orador, que passa a ser um intérprete solipsista do texto legal.

Sabe-se que a lei - em seu sentido amplo, ou seja, incluindo o texto constitucional – é um projeto de construção de uma nova sociedade. A Constituição não prevê que o Direito deve se adaptar à realidade, mas, ao revés, pretende construir um Direito que altere a realidade vivida pela sociedade, transformando-a.

Nesse sentido, a excessiva subjetividade aliada à exagerada maleabilidade permitida pelo discurso tópico gera o risco de que o intérprete se afaste demasiadamente do projeto de sociedade proposto pela Constituição. Corre-se o risco de, sem que se altere o texto normativo, desconstitucionalizar a Constituição pela prática inventiva do intérprete, o que, por si só, representa um ato que se distancia do projeto político do Estado Democrático de Direito.

O terror causado pelos regimes totalitários do Estado Social – tais como o fascismo, o nazismo e alguns regimes ditos socialistas – acabaram despertando a atenção dos processualistas e dos constitucionalistas para um estudo mais profundo acerca da vinculação entre Processo e Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma investigação que, ainda hoje possui grande repercussão e importância, já que a Democracia é sempre um projeto em construção, em andamento.

Mesmo nos países de maior tradição democrática, há sempre uma tensão que propõe o regresso ao Estado Social. Quase sempre, tal pressão se dá pela voz de governantes, carismáticos ou não, que se dizem tradutores do bem-comum ou do interesse público.

O Direito Processual Constitucional, após a Segunda Grande Guerra e a institucionalização constitucional do Estado Democrático de Direito, parece exigir uma revisitação completa de todos os institutos que integram a Teoria do Processo, reclamando, ainda, que todos os juristas tenham a audácia necessária para abandonar teorias e conceitos que sejam incompatíveis com o discurso processual democrático. Todavia, não bastará aos cientistas ter a coragem de abandonar velhos conceitos, será necessário que, num esforço conjunto, os processual-constitucionalistas se empenhem em construir as novas bases teóricas do discurso processual, para que este se fortaleça, principalmente, efetive-se.

Ao que tudo indica, embora possa ter uma ou outra característica em comum, o discurso processual é um gênero distinto dos discursos já apresentados (dialético, apodítico, retórico, erístico e poético), isso porque possui princípios próprios, é necessariamente formal e procedimental, realiza conexões dedutivas entre a causa de pedir próxima e remota, exige o compartilhamento argumentativo e

o limite ético da argumentação não é traçado subjetivamente pelos interlocutores e nem se reduz a um ato de vontade, mas é exigido pela regência deontológico-normativa do princípio da lealdade processual. Além disto, o discurso processual não pode se basear somente na opinião unânime, majoritária ou dos considerados mais sábios e ilustres, mas, igualmente, deve levar em consideração o argumento minoritário, desde que formalizado procedimentalmente.

Para que fique mais claro, é possível apontar algumas regras e princípios que parecem passar despercebidas pelos defensores da tópica jurídica. O discurso processual deve observar normas (regras e princípios) como: a) proibição do solipsismo decisional; b) formalização argumentativa; c) objetividade argumentativa; d) correlação lógica dos argumentos; e) observância de um procedimento (conceito fazzalariano); f) observância dos princípios da reserva legal e supremacia da Constituição; g) observância do devido processo, isso tudo, somente para citar alguns aspectos que, desde Aristóteles até Viehweg, não são observados pela tópica jurídica, inviabilizando a utilização desta, ao menos, nos moldes até hoje conhecidos.

Para aqueles que ainda vislumbram a possibilidade de empregar a tópica no discurso processual, é preciso dizer, que para que seja utilizada no discurso processual, a tópica deve passar por um número muito grande de mudanças, tantas, que perderia por completo suas características, deixando de ser, portanto, tópica.

Nesse sentido, o discurso processual parece ser, um gênero discursivo diferente dos demais, motivo pelo qual, como sobredito, é necessário formular uma Teoria Processual da Argumentação Jurídica, de forma a alinhar e elucidar as características desse discurso que começa a nascer junto com o Estado Democrático de Direito.

Mais do que expor certezas, esta pesquisa procurou apresentar inquietudes sobre o tema, propor aberturas para investigações futuras, assim como tentou comprovar a hipótese central apresentada na introdução.

Por este trabalho, pretendeu-se iniciar um estudo e apresentar algumas bases necessárias para o soerguimento de uma Teoria Processual da Argumentação Jurídica, algo que, ao que se sabe, ainda não foi suficientemente realizado.