

TÓPICA JURÍDICA E NOVA RETÓRICA: CONTRIBUIÇÕES PARA UM ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO

JURIDICAL TOPICS AND NEW RHETORIC: CONTRIBUTIONS TO A QUALITATIVE ACCESS TO JUSTICE

Felipe de Souza Costa Cola

Professor da Faculdade Uninassau Caruaru

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV

Oficial de Justiça avaliador federal

RESUMO: O presente artigo objetiva solucionar o seguinte problema: como podem a tópica jurídica de Theodor Viehweg e a nova retórica de Chaim Perelman contribuir, no âmbito da função jurisdicional do Estado, para a concretização de um acesso à Justiça qualitativo, aqui entendido como acesso a decisões justas? Este estudo parte de considerações sobre o acesso à Justiça, aqui estudado numa perspectiva que valoriza a qualidade das decisões judiciais. Aborda, então, a tópica jurídica de Viehweg e a nova retórica de Perelman, asseverando que as decisões judiciais não são o resultado de processos silogísticos, mas escolhas baseadas em argumentos razoáveis. Finalmente, analisa como a tópica jurídica e a nova retórica contribuem para melhores decisões judiciais e aborda como essa conclusão se harmoniza com o Código de Processo Civil brasileiro.

ABSTRACT: *The present article aims to solve the following problem: how can Theodor Viehweg's juridical topics and Chaim Perelman's new rhetoric contribute, within the jurisdictional function of the State, to a qualitative access to justice, here understood as access to fare decisions? It starts from considerations about access to justice, here studied in a perspective that valorizes the quality of judicial decisions. Then, it approaches Viehweg's juridical topics and Perelman's new rhetoric, asserting that judicial decisions are not the result of syllogistic processes,*

but choices based on reasonable arguments. Finally, it analyzes how juridical topics and new rhetoric contribute to better judicial decisions and explains how this conclusion harmonizes itself with the Brazilian Code of Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

Possivelmente, o tema do *acesso à Justiça* jamais recebeu tal proeminência como nos tempos atuais, o que, por certo, decorre de uma nova forma de se pensar o processo e a jurisdição, bem como da assim denominada *constitucionalização do direito*. Deveras, após a Segunda Guerra Mundial, as constituições vêm sendo colocadas no centro dos ordenamentos jurídicos, reconhecendo-se um papel de destaque aos direitos e garantias fundamentais. Nessa esteira, a garantia do acesso à Justiça tem sido encarada não apenas como mera possibilidade de provocação do Poder Judiciário, mas, sobretudo, como acesso à ordem jurídica justa.

Por outro lado, também a teoria geral do direito veio a experimentar um processo renovatório no pós-guerra, em razão da crise do até então dominante positivismo jurídico. Nesse contexto, o surgimento da tópica jurídica de Viehweg e da nova retórica de Perelman marcam uma nova fase dos estudos jurídicos, em que se confere especial valor à *argumentação*.

Nesse contexto, buscar-se-á, no presente artigo, uma solução para o seguinte problema: como podem a tópica jurídica de Theodor Viehweg e a nova retórica de Chaim Perelman contribuir, no âmbito da função jurisdicional do Estado, para a concretização de um acesso à Justiça qualitativo, aqui entendido como acesso a decisões justas?

Na tentativa de se solucionar esse problema principal, serão respondidas também as seguintes questões secundárias: (a) qual a natureza do processo de decisão judicial?; (b) como o recurso aos *topoi* (lugares-comuns de argumentação) pode auxiliar o julgador na busca da melhor solução para o caso concreto?; (c) como podem a tópica e a nova retórica contribuir para um incremento qualitativo da argumentação jurídica desenvolvida no processo?; (d) como podem a tópica e a nova retórica auxiliar as partes e o juiz na argumentação com base em precedentes judiciais?; (e) como podem a tópica e a nova retórica contribuir para um maior diálogo entre os órgãos jurisdicionais e a sociedade?; (f) à luz da tópica e da nova retórica, como é possível falar em segurança jurídica nas decisões judiciais?; e (g)

como a tópica e a nova retórica se relacionam com a disciplina do contraditório prevista no Código de Processo Civil brasileiro de 2015?

Para que sejam respondidas tais questões, serão tecidas, inicialmente, algumas considerações sobre o acesso à Justiça – analisado em uma perspectiva que valoriza a *qualidade* das decisões jurisdicionais, aqui denominada *acesso à Justiça qualitativo* –; em seguida, passar-se-á a uma visão geral da tópica e da nova retórica; posteriormente, ambas serão analisadas em sua relação com o acesso à Justiça qualitativo; e, por fim, serão discutidas a disciplina do contraditório adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 e a relação dessa disciplina com a tópica jurídica e a nova retórica.

1. ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO

Após a Segunda Guerra Mundial, como reação às traumáticas experiências do nazifascismo e do Holocausto, um papel de destaque foi reconhecido, especialmente na Europa, às garantias fundamentais. A esse respeito, afirma Junoy (1997, p. 17, tradução nossa):

Depois da Segunda Guerra Mundial, produz-se na Europa e especialmente naqueles países que na primeira metade do século XX tiveram regimes totalitários, um fenômeno de constitucionalização dos direitos fundamentais da pessoa e, dentre estes, uma tutela das garantias mínimas que deve reunir todo processo judicial. Pretendia-se com isso evitar que o futuro legislador desconhecesse ou violasse tais direitos [...]¹.

Em um tal contexto, as garantias fundamentais relativas ao processo também receberam destaque: era preciso pensar o processo à luz das normas constitucionais e o devido processo legal passou a ser visto como *processo justo*. Com efeito, afirma Morello (1994, p. 229, grifo do autor, tradução nossa):

1 Texto original: “Tras la Segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona y, dentro de estos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos [...]” (JUNOY, 1997, p. 17).

[...] o significado literal de devido processo legal é o de um *proceso justo*. Isto significa que nenhuma pessoa pode ser privada de sua vida, de sua liberdade ou propriedade, sem uma oportunidade de ser ouvida em defesa de seus direitos².

O direito e o processo passaram, então, a ser vistos sob a ótica constitucional, tornando-se, portanto, natural emprestar-se destaque à garantia do *acesso à Justiça*. No Brasil, o acesso à Justiça é garantia prevista no artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal, que assim dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para Cappelletti e Garth (2002, p. 12), o acesso à Justiça corresponde ao mais básico dos direitos humanos, uma vez que permite a tutela de todos os demais. Segundo os autores, a expressão *acesso à Justiça* aponta para dois escopos fundamentais do sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e solucionar, por meio do Estado, os conflitos em que se envolvem: (a) ele deve ser igualmente acessível a todos; e (b) ele deve produzir resultados justos, tanto do ponto de vista individual quanto do social (CAPPELLETTI E GARTH, 2002, p. 8).

Nessa perspectiva, portanto, já se pode constatar que o acesso à Justiça não se resume a uma garantia de *ingresso* no Poder Judiciário – como talvez até sugerisse uma leitura literal do art. 5.º, XXXV, da Constituição –, mas aponta, indubitavelmente, para a necessidade de *qualidade* da prestação jurisdicional³. Noutras palavras, a garantia do acesso à Justiça aponta para a necessidade de busca de soluções *justas* para os conflitos que se apresentam ao Estado-juiz. Como afirma Dinamarco (2009, p. 253, grifos do autor):

As promessas e limitações residentes nas diversas garantias constitucionais e interligadas pelo fio condutor que é o devido processo legal têm um só e único objetivo central, que é o *acesso à justiça* [...] Nem haveria justificativa para tanta preocupação

2 Texto original: “[...] el significado literal de debido proceso de ley, es el de un *proceso justo*. Esto significa que ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad, sin una oportunidad de ser oída en defensa de sus derechos” (MORELLO, 1994, p. 229, grifo do autor).

3 Note-se que, hodiernamente, o acesso à Justiça não está restrito ao âmbito da função jurisdicional do Estado, englobando, também, o acesso aos Poderes Legislativo e Executivo, e mesmo a meios não estatais de solução de conflitos. Essas perspectivas de abordagem, entretanto, merecem estudos à parte e não serão tratadas aqui, tendo em vista a temática proposta.

com o processo, não fora para configurá-lo, de aperfeiçoamento em aperfeiçoamento, como autêntico instrumento de acesso à *ordem jurídica justa*.

Noutra passagem, afirma o autor que “Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça” (DINAMARCO, 2009, p. 118, grifos do autor).

O acesso à Justiça está, pois, direcionado à obtenção de decisões justas, que constituem a meta última de todo o sistema jurídico-processual existente. Uma vez fíncada essa premissa, adotar-se-á, neste trabalho, a denominação *acesso à Justiça qualitativo* como designativa de um acesso a decisões jurisdicionais justas em seu conteúdo, que espelhem a boa qualidade dos serviços jurisdicionais do Estado.

2. TÓPICA JURÍDICA E NOVA RETÓRICA

Sob influência do pensamento cartesiano, acreditou-se, por muito tempo, que a aplicação do direito consistiria em um processo *dedutivo*, no qual fatos seriam subsumidos a normas positivas. Nessa perspectiva, caberia ao órgão jurisdicional a simples elaboração de um silogismo, no qual a premissa maior corresponderia a uma norma positiva, a menor ao fato enunciado na causa, e a conclusão à decisão propriamente dita.

Por outro lado, o positivismo jurídico, negador da existência de um direito natural, e o positivismo filosófico, que rejeitava qualquer filosofia dos valores, formaram, juntos, a ideologia democrática dominante no Ocidente até 1945 (PERELMAN, 2004, p. 91). Até a Segunda Grande Guerra, portanto, predominou no ocidente uma concepção jurídica que limitava a aplicação do direito à subsunção do fato à lei.

Essa concepção, porém, veio a sofrer abalos quando se revelaram ao mundo as atrocidades cometidas contra os judeus na Alemanha nazista: em suma, era possível um direito positivo injusto, que autorizasse descabros como o Holocausto. Portanto, a relação entre *direito e justiça*, à qual o juspositivismo não emprestava qualquer atenção, deveria ser novamente estudada.

Nesse cenário, em 1953, foi publicada a obra *Tópica e jurisprudência*, de Theodor Viehweg, que, abandonando as então prevalentes concepções que pretendiam resumir o direito à normatividade positiva e as decisões judiciais a silogismos, trouxe à baila

o caráter problemático e dialético do fenômeno jurídico. Deveras, Viehweg deixa de lado a ênfase até então conferida à unidade do sistema jurídico e passa a priorizar a análise de problemas concretos. Em síntese, o filósofo preconizava a aplicação da *tópica* – uma técnica de pensamento por problemas desenvolvida pela retórica⁴ (VIEHWEG, 1979, p. 17) – ao direito. Deveras, “O ponto mais importante no exame da *tópica* constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema” (VIEHWEG, 1979, p. 33, destaques originais). O problema, por sua vez, é entendido como toda questão que, aparentemente, apresenta mais de uma solução possível e para a qual se deve buscar uma resposta como solução (VIEHWEG, 1979, p. 34).

Na *tópica*, entende-se que a aplicação do direito se dá não mediante processos dedutivos, mas mediante argumentação dialética fundada em *topoi* ou *loci*⁵. Estes constituem lugares-comuns de argumentação ou premissas geralmente aceitas, que orientam, em um processo dialógico – no qual são sustentadas teses opostas – a busca da solução mais razoável para o problema concreto. Como assevera Ferraz Júnior (2006, p. 23). “Topoi ou lugares comuns são fórmulas de procura que orientam a argumentação. Não são dados ou fenômenos, mas construções ou operações estruturantes, perceptíveis no decurso da discussão”.

Os *topoi*, portanto, servem à discussão de problemas concretos e oferecem possibilidades de orientação do pensamento (VIEHWEG, 1979, p. 38): na discussão do caso, atuam como fios condutores de um raciocínio capaz de levar o julgador à decisão mais razoável para o caso. Em síntese, o juiz, fundando-se em *topoi*, *escolhe* a solução mais razoável para o problema concreto que lhe é apresentado.

Neste ponto, convém esclarecer que é de todo inexata a concepção que relaciona as decisões judiciais a silogismos, já que, do ponto de vista lógico, elas não podem, de modo algum, corresponder a deduções. Deveras, se, na premissa maior do “silogismo judiciário”, tem-se uma norma – isto é, um enunciado de *dever-ser* –, e, na menor, um fato, a conclusão do silogismo terá de corresponder também a um *dever-ser*. Todavia, os juízes não se limitam a enunciar, por exemplo, que alguém *deve ser*

4 Importante destacar que as origens históricas da *tópica* remontam aos *Tópicos* de Aristóteles, obra em que o filósofo grego se dedicou ao estudo da dialética. Note-se que, quando Aristóteles emprega o termo *dialética*, o faz “entendendo por dialética a arte ou técnica da argumentação a partir de premissas opináveis e, tanto quanto possível, verossímeis (ALMADA, 2006, p. 51)

5 Ambos os termos, *topoi* e *loci*, respectivamente nos idiomas grego e latino, têm o significado literal de “lugar”.

condenado nem que alguma relação jurídica *deve* ser declarada ou desconstituída; diversamente, em suas decisões, eles condenam, declaram e desconstituem.

Há, pois, aí, uma passagem do *dever-ser* ao *ser*, que se situa fora da competência da lógica formal (ATIENZA, 2006, p. 36); vê-se, assim, que à decisão sempre subjaz uma *escolha* do julgador, e não um processo dedutivo; por outro lado, ainda que a decisão ostente a *forma* de um silogismo, a conclusão deste não corresponderá senão ao *argumento* que *persuade* o juiz a decidir de um ou de outro modo.

Não é essa, porém, a única limitação da ideia de “silogismo judiciário”. Um outro ponto a merecer destaque diz respeito à sua premissa menor, isto é, ao fato que se considera subsumido à norma. A esse propósito, afirma Rigaux (2003, p. 53):

[...] Em suma, o fato não tem existência independente da norma jurídica sob cuja hipótese deve ser subsumido. É artificialmente criado pela própria aplicação dessa norma, o que atesta bem a circularidade própria do raciocínio do jurista: os fatos não são um dado submetido à regra, é a escolha desta que permite escolher os fatos que ela rege.

Suponha-se o seguinte exemplo: em um acidente de trânsito, um motorista age imprudentemente e, com isso, seu veículo vem a abalroar um outro. O proprietário do veículo atingido, então, tem de arcar com diversas despesas para o reparo do bem. Diante desse fato concreto, um operador do direito poderia, partindo das normas extraídas dos artigos 186 e 927 do Código Civil brasileiro, afirmar: “o condutor do primeiro veículo praticou ato ilícito e causou dano material ao proprietário do segundo, motivo pelo qual deve responder por esse dano, pagando a indenização correspondente”. No entanto, é fácil notar que as expressões “praticou ato ilícito” e “causou dano material” não decorrem diretamente do fato ocorrido no mundo empírico, mas das normas jurídicas: basta se pensar que um observador leigo, com efeito, se instado a narrar o acidente, não o descreveria se utilizando das categorias presentes nos dispositivos legais. Ora, somente é possível a utilização de conceitos legais quando já se sabe quais as normas aplicáveis ao fato concreto – no caso, os mencionados artigos 186 e 927 do Código Civil.

Ocorre, porém, que o raciocínio do aplicador do direito tem por objetivo, primeiramente, *descobrir* a norma aplicável, de modo que, apenas depois dessa

descoberta, será possível a construção do silogismo. Tem-se aí, portanto, mais uma demonstração de que o silogismo não retrata, de modo algum, o *processo* decisório, que corresponde, na verdade, à *escolha das premissas adequadas*, escolha essa que somente é possível mediante um processo dialético, isto é, um procedimento argumentativo em que serão confrontados argumentos em defesa de teses opostas – argumentos esses construídos sobre os *topoi*.

Cumpre, ainda, destacar uma última limitação do conceito de silogismo judiciário, que diz respeito ao uso frequente de *entimemas* no raciocínio jurídico. Entimemas podem ser definidos como “silogismos reduzidos, aos quais falta algum fio da dedução” (VILLEY, 2008, p. 256). Pense-se, por exemplo, no caso de fixação de indenização por dano moral: o Código Civil não é expresso no sentido de vincular a cada situação concreta de dano moral uma quantia em dinheiro específica, correspondente à indenização. O raciocínio jurídico, porém, não se limita a afirmar que uma indenização deve ser fixada, mas vai além disso: ele estabelece *qual* o valor aplicável a cada caso concreto. E, embora haja critérios capazes de orientar o juiz na fixação da quantia indenizatória, é certo que a lei civil não contém qualquer dispositivo expresso passível de ser enquadrado como premissa maior nos moldes tradicionais do silogismo judiciário. Fica mais uma vez evidente, portanto, que o juiz *decide* – isto é, *escolhe* – qual a melhor solução para o caso concreto, definindo o montante indenizatório mais adequado à luz das peculiaridades da situação fática, que somente podem emergir no processo dialético de argumentação.

Decisões judiciais, portanto, correspondem, invariavelmente, a *escolhas* fundadas em juízos de razoabilidade orientados por *topoi*: mesmo os aparentes silogismos judiciários não fogem à regra, neles ocorrendo apenas de os lugares-comuns utilizados estarem limitados a preceitos de direito positivo.

A tópica de Viehweg, por sua vez, abre caminho para que a ordem jurídica seja vista como um sistema em constante movimento e sempre aberto a novos pontos de vista (VIEHWEG, 1997, p. 127)⁶. O direito permanece, pois, permeável aos novos *topoi* que se vão consagrando na vida em sociedade, os quais, intervindo no debate, tornam possível a busca de decisões mais ponderadas e razoáveis.

6 Interessante notar que, como afirma Perelman (2004, p. 130), “O recurso aos tópicos jurídicos não se opõe nem um pouco à idéia de um sistema de direito, mas antes à aplicação rígida e irrefletida das regras de direito. Permite, ao contrário, o desenvolvimento de argumentos jurídicos, de controvérsias, em que, tendo sido evocados todos os pontos de vista, poderá ser tomada uma decisão ponderada e satisfatória”.

Por outro lado, Viehweg salienta a necessidade e a utilidade de se estabelecerem *catálogos de topoi* já consagrados como passíveis de utilização na solução de problemas; a esse modo de proceder, Viehweg denomina *tópica de segundo grau*, em contraposição à *tópica de primeiro grau*, que se baseia na discussão de pontos de vista mais ou menos casuais, usualmente utilizada em relação aos problemas da vida diária (VIEHWEG, 1979, p. 36). Ao se estabelecerem repositórios confiáveis de *topoi*, estabelecem-se as condições para um desenvolvimento posterior do pensamento: noutras palavras, o pensamento fundado em tópicos de argumentação também pode ser marcado por uma vinculação lógica para o futuro, sendo certo, porém, que esta não pode ser estendida em demasia (VIEHWEG, 1979, p. 41). Com efeito,

[...] a constante vinculação ao problema só permite conjuntos de deduções de curto alcance. É preciso que haja a possibilidade de os interromper a qualquer momento à vista do problema. O modo de pensar problemático é esquivo às vinculações. Porém não pode tampouco renunciar por completo a elas. Pelo contrário, tem um interesse especial em estabelecer determinadas fixações. A ninguém é dado conduzir uma prova objetiva sem lograr estabelecer com seu interlocutor, pelo menos, um círculo balizado pelo entendimento comum.

De qualquer modo, a constante vinculação ao problema conserva o caráter elástico do catálogo de *topoi* e da argumentação dialética desenvolvida. Caso seja necessário, é possível que determinados pontos de vista deixem, em certo momento, de merecer a aceitação geral que antes se lhes emprestava. Esse rompimento com o pensamento já estabelecido, porém, não é usual. Como explica Viehweg (1979, p. 42, grifo do autor),

[...] Custa muito trabalho tocar naquilo já fixado. Não obstante, também neste ponto o modo de pensar tópico presta um auxílio muito valioso sob a forma de *interpretação*. Com ela, abrem-se novas possibilidades de entendimento melhor, sem lesar as antigas. Acontece assim que se mantêm as fixações já efetuadas, submetendo-as a novos pontos de vista, que frequentemente se produzem em uma conexão completamente

distinta e tornam possível que se dê às velhas fixações um novo rumo. Não dizemos que toda interpretação (exegese, hermenêutica, etc.) necessariamente o faça, mas sim que pode fazê-lo. A interpretação constitui uma parte importante da tópica extraordinariamente apropriada nas mencionadas mudanças de situação. Nela, o dialético no sentido examinado se faz acreditar.

A tópica pode, assim, prestar grande auxílio ao jurista na argumentação com base em textos e em precedentes, por exemplo. Deveras, os textos legais e os precedentes judiciais constituem *topoi* utilizáveis na solução do problema concreto e, portanto, sua aplicação gradativa permite a construção de vinculações lógicas *pro futuro* e, por outro lado, sempre que surge uma situação distinta das anteriormente analisadas, a tópica auxilia o jurista na interpretação dos pontos de vista já estabelecidos – por exemplo, por meio de técnicas de *distinguishing*, isto é, de distinção entre o caso e exame e o precedente que se lhe queira aplicar como paradigma –, possibilitando o estabelecimento de novas soluções, preservando-se o material cognitivo já consolidado.

Enfim, a tópica abriu caminho para o enriquecimento da argumentação jurídica e, assim, é capaz de oferecer um notável auxílio na persecução de decisões justas. Outrossim, sua utilização contribui para um incremento qualitativo dessas decisões. Por outro lado, a tópica de Viehweg ensejou uma revalorização da *retórica* e da *argumentação no direito*; com efeito, após os estudos do jurista alemão, surgiu, com um novo ímpeto, a *teoria da argumentação jurídica*.

Cinco anos após a publicação de *Tópica e jurisprudência*, Chaïm Perelman e sua colaboradora, Lucie Olbrechts-Tyteca, publicariam seu célebre *Tratado da argumentação: a nova retórica*. A *nova retórica*, movimento filosófico inaugurado por Perelman, não está, é verdade, limitada ao âmbito do direito: diversamente, o autor busca empreender “o estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento” (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 4, grifo dos autores). Perelman e Olbrechts-Tyteca resgatam, assim, a dialética e a retórica clássicas, abandonadas desde o início da modernidade por influência de Descartes. Todavia, não há dúvida de que foi especialmente no direito que Perelman, jurista refinado, desenvolveu sua filosofia argumentativa.

Segundo a nova retórica, a argumentação é sempre levada a efeito por um orador perante um *auditório*, cuja adesão a certa tese se deseja obter. No âmbito da aplicação do direito, as partes e seus advogados buscam sempre a adesão de um juiz ou tribunal: pretendem, com isso, persuadir o órgão jurisdicional quanto à razoabilidade dos entendimentos que sustentam, a fim de que sua decisão se dê em um determinado sentido. O magistrado, por sua vez, em suas razões de decidir, buscará *persuadir* também um auditório, formado pelas partes, e, em Estados democráticos, por toda a sociedade. Realmente, a motivação das decisões judiciais cumpre tanto um papel *extraprocessual*, na medida em que, como garantia de controlabilidade e transparência, direciona-se a toda a sociedade, quanto um papel *endoprocessual*, uma vez que se dirige às partes (Luiso, 1997, p. 39).

Enfim, as decisões judiciais não se dão no plano da lógica formal – como parecem supor os defensores do “silogismo judiciário” –, mas no âmbito de uma lógica do razoável: ocorrendo no terreno da *razão prática*, elas constituem *escolhas* cuja razoabilidade se funda em argumentos aceitáveis perante o meio em que são proferidas⁷. De fato, segundo Perelman (2005, p. 278, grifo nosso),

Enquanto um raciocínio teórico consiste numa inferência que tira uma conclusão a partir de premissas, *o raciocínio prático é o que justifica uma decisão*. Falaremos de raciocínio prático toda vez que a decisão depende de quem a toma, sem que ela decorra de premissas consoantes a regras de inferência incontestes, independentemente da intervenção da vontade humana.

Nessa esteira, não é difícil perceber que, na nova retórica perelmaniana, a decisão judicial – obtida dialeticamente – não apenas deve ser conforme à lei positiva, como também precisa corresponder a uma escolha justa perante o meio que a deve aceitar (PERELMAN, 2004, p. 114). A ideia de justiça da decisão, porém, não pode abrir espaço ao arbítrio ou ao puro decisionismo judicial:

⁷ De fato, “[...] Um argumento não é correto e coercivo ou incorreto e sem valor, mas é relevante ou irrelevante, forte ou fraco, conforme razões que lhe justificam o emprego no caso. É por isso que o estudo dos argumentos, que nem o direito nem as ciências humanas nem a filosofia podem dispensar, não se prende a uma teoria da demonstração rigorosa, concebida a exemplo de um cálculo mecanizável, mas a uma teoria da argumentação” (PERELMAN, 2005, p. 471).

[...] Toda a problemática do raciocínio jurídico, especialmente judicial, esforçar-se-á, portanto, para elaborar uma dialética em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível. É nesta perspectiva que cabe sublinhar o papel crescente atribuído pelos teóricos do raciocínio aos princípios gerais do direito e à tópica jurídica (PERELMAN, 2004, p. 117).

Aqui, torna-se evidente a complementaridade existente entre a nova retórica e a tópica jurídica. Com efeito, serão os *topoi*, como pontos de vista de aceitação geral, que permitirão a aproximação argumentativa entre direito e justiça, bem como um diálogo entre o Judiciário e a sociedade. A propósito da harmonia existente entre ambas as teorias, consulte-se Lacerda (2006, p. 44-45):

As semelhanças de ambas as propostas podem ser reduzidas a um ponto central: a retomada de Aristóteles e de sua dialética ou tópica. Ao passo que para Viehweg a prática do Direito consiste sempre na invocação e na discussão de tópicos (entendendo por essa expressão os argumentos solidificados em fórmulas que gozam de aceitação entre os juristas), Perelman defende a idéia de que a prática jurídica é sempre dialética, presidida por técnicas argumentativas e retóricas com as quais os juristas buscam a adesão de diversas teses e auditórios às teses que postulam. Trata-se, em suma, de teorias muito parecidas, pois o recurso aos tópicos por Viehweg só encontra sentido na medida em que esses *lugares* referem-se a determinados auditórios, do mesmo modo que quando Perelman invoca os ‘argumentos e técnicas argumentativas’, está apenas desenvolvendo as possibilidades mesmas contidas no conceito de *topoi* que ambos tomaram de Aristóteles.

3. TÓPICA JURÍDICA, NOVA RETÓRICA E ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO

Ao se ter em vista o que já foi dito acerca do acesso à Justiça qualitativo, tornam-se evidentes as possibilidades de contribuição de uma concepção tópico-retórica do fenômeno jurídico para um incremento qualitativo dos provimentos jurisdicionais.

Ora, se as decisões judiciais são escolhas fundadas em argumentos, não é difícil perceber que a qualidade da argumentação desenvolvida repercutirá diretamente na qualidade das decisões prolatadas. Destarte, ao se conceber o direito como fenômeno argumentativo, cria-se ensejo para uma ampla e consciente utilização dos *topoi* como meios de busca de decisões razoáveis.

A tópica jurídica e a nova retórica abrem caminho para um enriquecimento da argumentação desenvolvida no processo. Com efeito, elas infirmam o entendimento tendente a reduzir o raciocínio judiciário a um processo silogístico, chamam a atenção para o caráter dialético e argumentativo do fenômeno jurídico e põem em relevo a necessidade de busca de uma síntese entre a normatividade positiva e a justiça, entre a obra do legislador e os valores da sociedade.

O recurso aos *topoi* permite, pois, o desenvolvimento de um efetivo diálogo entre essa mesma sociedade e o Poder Judiciário, do qual emanam as decisões que em seu seio vigorarão. De fato, convém sempre repisar que os provimentos jurisdicionais preconizados por uma concepção tópico-retórica do direito se distanciam tanto da aplicação cega e irrefletida de dispositivos legais quanto das concepções arbitrárias de justiça do julgador: toda decisão deve, a um só tempo, caber dentro da moldura normativa e guardar sintonia com os valores existentes no meio.

Nesse sentido, uma concepção tópico-retórica do direito tem muito a oferecer em prol da *segurança jurídica* existente em dado meio. Com efeito, ela censura o decisionismo, e, ao apontar para a prolação de decisões com base em *topoi*, isto é, com fundamento em pontos de vista já cristalizados e aceitos, contribui para decisões que, além de caberem nos *limites* estabelecidos pela lei – única segurança que uma concepção puramente legalista do direito pode proporcionar –, sejam também *previsíveis* à luz dos valores do meio que as deve aceitar.

Nos tempos de hoje, em que se confere especial destaque ao papel que, no interior do sistema normativo, é desempenhado pelos princípios constitucionais – enunciados por meio de termos de significação indeterminada que, talvez, não se coadunassem com a concepção de segurança da *era dos códigos* –, a nova retórica e a tópica jurídica abrem espaço para que os termos de significação indeterminada encontrados nos mandamentos da Constituição sejam densificados em harmonia com os valores existentes na sociedade.

Por outro lado, em sociedades como as atuais, marcadas pela convivência de múltiplos valores, a tópica e a nova retórica favorecem a busca de consensos por meios pacíficos e democráticos. Afinal,

[...] É em face de valores e normas múltiplas, de autoridades imperfeitas, que se manifesta o interesse do raciocínio prático. É então, num pluralismo de valores, que assume toda a sua importância a dialética, entendida em seu sentido aristotélico, como técnica da discussão, como capacidade de objetar e de criticar, de refutar e de justificar, no interior de um sistema aberto, inacabado, suscetível de precisar-se e de completar-se no próprio decorrer da discussão (PERELMAN, 2005, p. 283).

Ainda: em tempos de valorização do assim denominado *direito jurisprudencial*, a tópica jurídica e a nova retórica oferecem grande auxílio no que tange à confrontação entre casos pretéritos e futuros. Deveras, os casos já julgados oferecem orientações para o julgamento de casos futuros; no entanto, quando se verificar que a adoção do mesmo entendimento já sedimentado conduzirá a resultados injustos ou absurdos, será possível, por meio da teoria da argumentação, recorrer a técnicas de *distinguishing* a fim de enfatizar as peculiaridades do novo caso, promovendo-se a justiça no caso concreto e preservando a harmonia do sistema.

4. TÓPICA JURÍDICA, NOVA RETÓRICA E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A esta altura, convém tecer algumas considerações sobre o modelo de contraditório consagrado pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015. O artigo 7.º do estatuto processual estabelece para o juiz o dever de zelar pelo “efetivo contraditório”. Fiel a essa ideia de *efetivo contraditório*, o mesmo código estabelece, em seu artigo 9.º, a impossibilidade de se proferir decisão desfavorável à parte sem que esta seja previamente ouvida⁸, bem como, no artigo 10, a vedação à decisão baseada em fundamento sobre o qual não tenham tido as partes oportunidade de se manifestar.

8 O próprio dispositivo, porém, estabelece exceções a essa regra geral, que não se aplica à tutela de urgência, às hipóteses de tutela de evidência previstas no artigo 311, II e III, e à decisão prevista no artigo 701.

Colhe-se, em verdade, de todos esses comandos legais, que o novo Código de Processo Civil encampou um novo modelo de contraditório – há muito já preconizado pelos estudiosos, ressalte-se – que não se limita à mera bilateralidade formal do processo, traduzindo-se também em uma garantia de efetivo *poder de influência* das partes sobre o órgão jurisdicional. A propósito desse moderno perfil do contraditório, lecionam Comoglio, Ferri e Taruffo (1995, p. 68, grifo dos autores, tradução nossa):

[...] da mera inviolabilidade de um contraditório estático ou formal, no momento inicial do juízo, passa-se à exigência de consagrar formas adequadas de co-participação ou de colaboração dinâmica das partes no curso do inteiro processo, de sorte que lhes seja sempre concedida, sob bases paritárias, uma *possibilidade efetiva de influir, com a própria atividade de defesa, sobre a formação do convencimento do juiz* (e, por conseguinte, sobre o iter formativo da decisão jurisdicional)⁹.

Pode-se afirmar, inclusive, que esse novo perfil de contraditório valoriza a própria dignidade humana – erigida em princípio constitucional pelo artigo 1.º, III, da Constituição Federal brasileira. Nesse sentido, assevera Greco (2005, p. 554-555):

Em síntese, o contraditório do nosso tempo nada mais é do que a projeção no processo do primado da dignidade da pessoa humana. Esse primado da dignidade humana impõe que o poder de influir nas decisões judiciais seja assegurado de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente, a todos os interessados. Ora, não existe forma mais eficaz para isso, do que através da instauração de um diálogo humano entre o juiz e os outros sujeitos principais do processo, autor, réu e eventuais terceiros intervenientes. O diálogo é o intercâmbio de ideias entre duas ou mais pessoas humanas a respeito de qualquer questão ou problema. No diálogo todos os interlocutores falam, ouvem, dizendo o que pensam e reagindo às opiniões dos outros,

9 Texto original: “[...] dalla mera inviolabilità di un contraddittorio statico o formale, nel momento costitutivo iniziale del giudizio, si passa all’esigenza di consacrare forme adeguate di compartecipazione o di ché sia sempre loro accordata, su basi paritarie, una *possibilità effettiva di influire, con le proprie attività di difesa, sulla formazione del convincimento del giudice* (e, quindi, sull’iter formativo della decisione giurisdizionale)” (COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1995, p. 68, grifo dos autores).

de tal modo que a seu término cada um deles influenciou nas idéias do outro e por elas foi também influenciado.

O contraditório, portanto, reconhecido pela Constituição como garantia fundamental (art. 5.º, LV), deve ser lido nessa acepção moderna, significando uma garantia de efetiva influência dos sujeitos do processo na elaboração da decisão que sobre eles produzirá efeitos. E como se exerce, na prática, essa influência? Por meio da *argumentação jurídica*, desenvolvida dialeticamente e com recurso aos *topoi*.

Decorre daí que a disciplina do contraditório prevista pelo novo Código de Processo Civil, ao garantir o “efetivo contraditório”, entendido como poder real de influência, valorizou sobremaneira a argumentação jurídica e, nesse diapasão, está em plena sintonia com a tópica e a nova retórica. Ambas têm muito a oferecer aos operadores do direito envolvidos no processo jurisdicional, já que este caracterizar-se-á por uma busca dialética da melhor decisão para o caso concreto. Note-se, aliás, que o artigo 6.º do estatuto processual integra todos os sujeitos do processo num sistema cooperativo em que se buscará obter, em tempo razoável, uma “decisão de mérito justa e efetiva”.

No processo cooperativo, como é evidente, reveste-se de grande importância a *qualidade* das decisões judiciais. Nesse sentido, o Código de Processo Civil previu expressamente, em seu artigo 489, § 1.º, a exigência de *fundamentação exauriente* para as decisões judiciais. E estabelece, com efeito, o referido dispositivo:

§ 1.º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Por sua vez, o § 2.º do mesmo artigo estatui que

No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Ora, como facilmente se percebe, os preceitos legais citados estabelecem para o julgador o dever de argumentar: não lhe basta citar elementos à primeira vista “suficientes” para embasar a decisão, sendo necessário um real esgotamento das possibilidades argumentativas relacionadas ao caso concreto¹⁰. É necessário, por conseguinte, que a decisão judicial espelhe um verdadeiro processo dialético de argumentação, sem o qual um acesso à Justiça qualitativo se mostra inviável.

Por todo o exposto, a tópica jurídica e a nova retórica, que consagram uma visão argumentativa e dialética do fenômeno jurídico, estão em plena sintonia com o Código de Processo Civil de 2015 e serão de grande valia aos operadores do direito na busca do acesso à Justiça qualitativo.

CONCLUSÃO

O acesso à Justiça já não pode ser resumido à ideia de mera garantia de ingresso no sistema judicial de solução de conflitos; ao revés, deve ser encarado como acesso à ordem jurídica justa. Tal circunstância, por sua vez, enseja, no âmbito da função jurisdicional do Estado, a necessidade de se garantir a *qualidade* das decisões judiciais. Nesse sentido, falou-se, aqui, em *acesso à Justiça qualitativo*.

10 Não cabe, aqui, uma análise detalhada de cada uma das exigências formuladas nos dois dispositivos, análise essa que fugiria ao tema objeto deste artigo. Por ora, basta a constatação de que, ao estabelecer tais exigências, preocupou-se o legislador, inequivocamente, com a efetiva qualidade das decisões judiciais.

Por outro lado, a tópica jurídica e a nova retórica mostram que as decisões judiciais não correspondem a meros silogismos, mas a verdadeiros processos argumentativos de escolha de uma solução para o problema apresentado ao juiz. O recurso à argumentação dialética e aos *topoi* de argumentação tem, portanto, muito a oferecer em prol da aproximação entre *direito e justiça* na solução dos casos concretos submetidos à jurisdição estatal. Ademais, a utilidade da tópica e da nova retórica se torna ainda maior no atual contexto de valorização da jurisprudência na aplicação do direito, auxiliando o operador do direito a argumentar dialeticamente com base em precedentes judiciais – por exemplo, mediante técnicas de *distinguishing*.

Ao enfatizarem o caráter argumentativo e dialético do fenômeno jurídico, a tópica jurídica e a nova retórica – que, na realidade, são teorias mutuamente complementares – destacam a necessidade de decisões ao mesmo tempo justas e em conformidade com as leis positivas, permitindo a consolidação de um maior diálogo entre sociedade e Poder Judiciário. Esse duplo critério – conformidade ao direito positivo e justiça, do ponto de vista do meio em que a decisão é proferida – enseja maior previsibilidade das decisões jurisdicionais do que a antiga abordagem positivista, que, no tocante à segurança, apenas podia orientar que a decisão fosse proferida dentro dos *limites* estabelecidos pela normatividade positiva, mas, desde que o intérprete não ultrapassasse tais limites, nada podia assegurar do ponto de vista de sua aceitação social.

Cabe destacar, ademais, que a disciplina legal do contraditório prevista no novo Código de Processo Civil de 2015 valorizou a busca argumentativa e dialética de decisões justas, traduzindo uma verdadeira preocupação do legislador com a concretização de um acesso à Justiça qualitativo. A exigência de fundamentação exauriente, prevista no mesmo estatuto, corrobora essa constatação.

Pode-se, pois, afirmar, em conclusão, que a tópica e a nova retórica são valiosos instrumentos para os juristas, podendo ambas favorecer – sobretudo agora, na vigência do novo Código de Processo Civil – a busca por um acesso à Justiça qualitativo, tendo em vista que possibilitam a construção argumentativa de decisões justas.

REFERÊNCIAS

- ALMADA, Gonçalo Portocarrero de. **Crítica da Razão Dialética em Aristóteles**: introdução ao estudo da sua natureza. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- COMOGLIO, L. P.; FERRI, C.; TARUFFO, M. **Lezioni Sul Processo Civile**. Bologna: il Mulino, 1995.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- GRECO, Leonardo. O Princípio do contraditório. In: GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541-556.
- JUNOY, Joan Picó i. **Las Garantías Constitucionales del Proceso**. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997.
- LACERDA, Bruno Amaro. **Raciocínio Jurídico**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- LUISO, Francesco P. **Diritto Processuale Civile**: principi generali. Milano: Giuffrè Editore, 1997.
- MORELLO, Augusto M.. **El Proceso Justo**: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos. La Plata: Libreria Editora Platense, 1994.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

VIEHWEG, Theodor. **Topica y la Filosofia del Derecho**. 2. ed. Tradução para o Espanhol de Jorge M. Seña. Barcelona, 1997.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**: definições e fins do direito. os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.