ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

THEODOR VIEHWEG: JURISPRUDÊNCIA, PENSAMENTO PROBLEMÁTICO E O RETORNO À TÓPICA JURÍDICA

THEODOR VIEHWEG: JURISPRUDENCE, PROBLEMATIC THINKING AND THE RETURN TO LEGAL TOPIC

Juvêncio Costa Almeida*

RESUMO: Tema retomado por Theodor Viehweg por volta da metade do século XX, a tópica consiste em desenvolver processos argumentativos a partir de premissas socialmente aceitas, com vistas a conter a rigorosa sistematização do direito, proposta pelas teorias positivistas desenvolvidas até então. Viehweg fundamenta no caráter duvidoso da regularidade do comportamento humano os motivos para remontar à ascensão da tópica no direito. O escopo do presente trabalho é apresentar as bases utilizadas por ele para a realização do resgate do modo de pensar tópico, sobretudo por meio das obras de Aristóteles e Cícero, bem como de Gian Battista Vico, no que tange às ideias de "jurisprudência". Visa também a apontar os processos de aplicação no direito hodierno, a importância do tema no direito constitucional, além de analisar as críticas desferidas por estudiosos da obra.
Palavras-chave: Tópica jurídica. Pensamento problemático. Jurisprudência.

ABSTRACT: Subject proposed by Theodor Viehweg around the mid-twentieth century, the topic consists of developing argumentative processes from socially accepted premises, in order to contain the rigorous law systematization proposed by the positivist theories so far. Viehweg bases in the doubtful character of the regularity of human behavior the reasons to return the use of topic in law. The scope of this research is to lodge the bases employed from Viehweg to make this rescue to the topic way of thinking, mainly through Aristotle and Cicero works', as well as Gian Battista Vico's, in regard to the ideas of "jurisprudence". Also aims to point the process of applying in today's law, the importance of the subject in constitutional right, in addition to analyze the critics leveled by scholars in the field.
Keywords: Legal topic. Problematic thinking. Jurisprudence.

* Acadêmico do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – CCJ/UFPB. João Pessoa – Paraíba – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Na Grécia Antiga, pensadores como Aristóteles e Cícero desenvolveram importantes estratégias argumentativas, entre as quais, a dialética tópica. Alguns anos mais tarde, o filósofo Gian Battista Vico também discorreu sobre o tema, associando a ele outros conceitos, como o de "prudência". Este trabalho tem por objetivo geral a análise do resgate desses estilos de argumentação, proposto pelo jurista alemão Theodor Viehweg (1979) na segunda metade do século XX, que, associado ao empenho em estabelecer o modo de pensar problemático, revolucionou as pesquisas de base da ciência do direito moderno.

Buscar-se-á também, especificamente, relacionar as particularidades da pesquisa feita por Theodor Viehweg (1979), entre as quais, destaca-se a notável associação entre os dois elementos que deram nome à sua obra: tópica e jurisprudência, levando os *topoi* (ou "pontos de partida – lugares comuns – do processo argumentativo") à base do processo de chegada à decisão judicial e investigando o que levou o referido jusfilósofo alemão a principiar esse movimento de moderação ao positivismo desmedido.

Serão apontadas, ainda, as críticas desferidas à teoria, entre as quais, destacam-se as realizadas pelos juristas Manuel Atienza, no livro *As razões do direito* (2007), e Claus-Wilhelm Canaris, em *Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito* (1996), autores que buscaram versar sobre os limites e campos de atuação do modo de pensar tópico. Finalmente, discorreremos sobre a importância que representa o reacendimento da tópica jurídica no direito contemporâneo, sobretudo na matéria de direito constitucional, criando uma nova forma de encarar e interpretar os ditames da Magna Carta.

A problemática central da pesquisa encontra-se na reunião dos elementos jurídicos fundamentais que levaram o filósofo alemão Theodor Viehweg (1979) ao reacendimento dos preceitos tópicos: apresentação do que consiste o modo de pensar tópico e sua aplicabilidade no direito moderno. O estudo em tela justifica-se pela significante contribuição do estilo de pensamento tópico representado no asseguramento da concretização dos

chamados "valores jurídico-positivos" no processo de decisão judicial, em detrimento da sobrevalorização do modo de pensar puramente sistêmico.

2 BASES PARA O RESGATE DA TÓPICA

Theodor Viehweg (1979) não propõe nenhuma descoberta ao desenvolver seu estudo sobre o estilo tópico de argumentação, senão uma reunião de temas dissertados por filósofos da Antiguidade, objetivando desenvolver um modelo de argumentação jurídica capaz de quebrar a ideia de cientificidade estrita das matérias referentes ao estudo do homem. Três desses autores são de grande destaque no desenrolar da obra *Tópica e jurisprudência*: o filósofo italiano Gian Battista Vico, o pensador grego Aristóteles e o orador romano Marco Túlio Cícero.

Aristóteles foi o primeiro a consagrar o uso do termo 'tópica', de forma que, embora a ideia o tivesse antecedido, seus estudos são ainda hoje enquadrados entre os mais importantes no tema. A *tópica* foi, inclusive, tema de um de seus escritos, compondo uma das seis obras que, juntas, formam o livro intitulado *Órganon.* Ele classificou os modelos argumentativos em apodíticos ou dialéticos. Aos primeiros, caberiam as verdades incontestáveis, campo de estudo dos filósofos. Os raciocínios dialéticos seriam alvo de questionamentos, passíveis de oposição, correspondendo ao campo delimitado pela arte argumentativa. A dialética possuía sua principal representação nas disputas retóricas, em que, partindo de opiniões aceitas por todos ou pela maioria (*endoxa*), seria possível formar raciocínios sobre todos os problemas que se pudessem colocar de forma a evitar contradições (ARISTÓTELES, s.d.).

A tópica seria, dessa forma, um raciocínio dialético: tem por base premissas que parecem ser verdadeiras, a partir de opiniões reconhecidas socialmente, e que demonstrariam a base do interesse na discussão. Essas premissas seriam os *topoi*, pontos de partida aceitáveis em toda parte, passíveis de conduzir à verdade (ARISTÓTELES, 1998). O raciocínio tópico visaria ao alcance da práxis, finalmente, por classificar os *topoi*. Para isso, algumas etapas deveriam ser cumpridas: a descoberta e apreensão das

premissas; a discriminação da plurivocidade existente nas expressões linguísticas; e a apreensão de semelhanças e diferenças de gênero. O produto desse processo seria um conjunto de *topoi* catalogados e classificados por áreas, facilitando o processo de apresentação durante a própria discussão, bastando descobrir o *topos* que deve ser empregado, colocá-lo em perguntas concretas de modo apropriado e, finalmente, dirigir tais perguntas adequadamente (VIEHWEG, 1979).

A contribuição de Cícero à obra de Theodor Viehweg consistiu no abandono da estrita distinção entre o apodítico e o dialético como base da consideração sobre a tópica, além de atribuir à temática um aspecto mais jurídico que o proposto por Aristóteles, anteriormente. O pensador romano chega a definir a tópica como a própria "práxis da argumentação" (CICERÓN, 1997). Ele classifica os *topoi* como técnicos (científicos) ou atécnicos, atribuindo a eles um caráter universal: toda discussão poderia ser fundamentada em um desses dois tipos de *loci* ("lugar comum") (VIEHWEG, 1979).

Vico idealiza em seus escritos um contraponto entre os principais métodos científicos de seu tempo, classificando-os como antigos ou modernos. O método antigo seria uma herança da Antiguidade, representado pela retórica tópica. O ponto de partida desse método seria o *sensus communis* ("senso comum", opinião geral de uma sociedade, em um determinado período temporal), manipulador da *verosimilia* ("verossimilhança"), ao trabalhar com uma intrincada rede de silogismos (VIEHWEG, 1979). O método chamado moderno ou crítico teria sido proveniente das teorias científicas cartesianas. O seu ponto de partida seria representado pelo *primum verum*, elemento inicial que não poderia ser posto em dúvida. Toda a estrutura argumentativa deveria ser sustentada a partir desse pressuposto inquestionável, gerando uma longa cadeia dedutiva. A vantagem desse modelo seria uma maior precisão e objetividade na apresentação do resultado final. As desvantagens, no entanto, seriam mais numerosas, correspondendo tanto a um definhamento da memória e do poder criativo quanto à pobreza da linguagem e desuso das faculdades de julgamento, elementos extremamente prejudiciais que levariam, no extremo, à "depravação do humano" (VIEHWEG, 1979).

O uso intercalado de ambos os métodos seria a melhor forma de aproveitar os benefícios dos dois modelos de argumentação, permitindo uma observação da trama em discussão por vários ângulos. Segundo Vico, entretanto, a peça central da argumentação deveria ser a tópica retórica, induzindo a partir dela os demais métodos de apresentação. Isso ocorreria porque apenas esse modelo retórico abriria espaço para o uso apropriado da capacidade de discernimento do decisor, que ele denomina prudência. A jurisprudência, portanto, passa a ser um dos fatores-chave no retorno à tópica proposto por Theodor Viehweg (1979).

3 A TÓPICA DE VIEHWEG E SEU ENTORNO HISTÓRICO

Para a apropriada compreensão do que levou Viehweg a empreender esforços no resgate dos elementos referentes ao estilo tópico citados anteriormente, é de mister importância posicioná-lo historicamente. Na obra *Tópica e jurisprudência*, escrita em 1953, o autor reabre a discussão a respeito da cientificidade do direito, recorrente originalmente de meados do século XIX, e, com isso, propõe também uma reação ao positivismo neokantiano, que por muitos anos serviu de base jurídica para o Terceiro Reich – o regime nazista. Esse confronto deu-se pela emergência da chamada "ética material dos valores": uma mudança de paradigmas morais que obteve reflexo no campo do direito, sobretudo, pela difusão dos direitos humanos, possibilitando uma nova dimensão destes no Texto Constitucional (WIEAKER, 1980). Por isso, afirma-se que a tópica moderna foi um dos principais responsáveis pela alteração nos rumos da teoria jurídica desde que o positivismo jurídico superou o jusnaturalismo (ROESLER, 2004).

Enquanto o positivismo jurídico primava pela dimensão sistêmica do direito, deixando em segundo plano as particularidades do caso concreto e focando na proposição normativa previamente estabelecida, fruto de considerações sobre o comportamento humano, a tópica, qual técnica do pensamento orientada por problemas, questiona a regularidade desse comportamento e passa a depositar mais confiança no poder discricionário do decisor, em sua capacidade de julgar de forma justa. Nesse aspecto, pode-se

aduzir uma maior exposição valorativa do que no positivismo neokantiano em crise (ATIENZA, 2007).

A vinculação da tópica à jurisprudência fez com que esta se tornasse mais um estilo de pensar do que um método argumentativo propriamente dito. Os problemas jurídicos seriam solucionados em particular, no caso específico, e a partir daí se construiria uma norma geral: a relação indutiva prevaleceria no elo entre a racionalidade jurídica e a retórica (PARINI, 2009). A tópica não consistiria em um conjunto de princípios capazes de julgar a adequação de justificativas apresentadas, ou hipóteses, mas um modo de pensar que permitiria a abordagem de problemas de forma a discorrer sobre eles e para eles propor soluções. Implicaria, ainda, a manutenção de valores, princípios e conceitos, visto que estes nunca perdem sua qualidade de tentativa – ainda que variem espacial e temporalmente, de forma a se acomodar na concepção social dos ideais vigentes (FERRAZ JUNIOR, 2008).

Theodor Viehweg (1979, p. 34) define o problema tópico como

> toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução.

É importante também frisar que, apesar de Viehweg apontar que o sistema não deve ocupar a principal posição no processo de decisão judicial, sua importância não deveria ser descartada. O jurista explica que ambos possuem conexões essenciais; sistema e problema atuam sempre conjuntamente, variando apenas a ênfase dada a um em detrimento do outro. Na prática, podemos observar duas possibilidades de situação. Na primeira, se o foco do método decisório fosse posto na relação sistêmica, os casos teriam de ser agrupados de acordo com a solucionabilidade. Aqueles que não possuíssem "solução clara" poderiam chegar ao ponto de ser desprezados, classificados como meros "problemas aparentes". Nas palavras de Herbert Hart (1997), são os chamados "casos difíceis", em oposição aos "casos simples" ou "claros".

A existência dessa dificuldade remete à limitação humana de prever todas as particularidades das situações passíveis de legislação, acarretando uma relativa "indeterminação de finalidade". Dessa forma, pode-se aduzir que a ênfase no sistema acarreta uma "seleção de problemas" (VIEHWEG, 1979).

Na segunda situação, caso o foco fosse posto no problema, nas particularidades do caso concreto, ocorreria o inverso: ele passaria a "procurar um sistema" que servisse de ajuda para que a solução fosse proposta. A problemática seria assumida como um dado prévio e a partir dela seriam construídas séries argumentativas, para que finalmente pudesse se apresentar uma decisão. Caso um sistema inicial declarasse que um determinado caso é insolúvel, outros sistemas poderiam ser convocados para apresentar possibilidades decisórias (VIEHWEG, 1979). O diferencial, nesse estilo retórico, é que a solução definida não é absoluta, não é fruto de um processo mecanizado que gera sempre os mesmos produtos. A abertura a que se propõe o estilo tópico culmina em uma "solução possível entre outras". Essa pluralidade é decorrente da ênfase atribuída à interpretação no ato de aplicação do direito, visto que o próprio repertório de premissas é relativizado e a carga argumentativa pode levar a diferentes respostas, sempre provisórias, visando a impedir o enrijecimento das regras consideradas (FERRAZ JUNIOR, 2008).

A eficiência do estilo tópico também se faz presente no fato de que, quando mudanças de situações são produzidas, é preciso encontrar novos dados para tentar resolver os problemas. Nesse aspecto, os próprios *topoi* só recebem seu sentido a partir do problema. Mostram-se convenientes ou não conforme uma interpretação sempre aberta a mutações, agindo, assim, como "fios condutores do pensamento". A tópica, nesse sentido, diferencia-se da lógica, na medida em que a função daquela é achar as premissas, enquanto a desta é fazer uso desses *topoi* (VIEHWEG, 1979).

Segundo Viehweg (1979), a tópica, como estilo de pensamento, poderia ser uma ferramenta utilizada casualmente, de modo simples, escolhendo-se arbitrariamente pontos de vista gerais, cotidianos. Esse primeiro tipo, mais elementar, de argumentação tópica foi denominado tópica de primeiro grau. Nos casos em que fosse necessário fazer uso de um catálogo predefinido de *topoi*, um repertório prévio de *endoxa*, construir-se-ia uma

tópica de segundo grau. Vários catálogos foram desenvolvidos com o transcorrer do tempo, a maioria tomando por base o modelo aristotélico, cuja pretensão era discorrer sobre "todos os problemas pensáveis" (p. 36). A esses *topoi*, cujo uso é apropriado para qualquer problema imaginável, dá-se o nome de gerais. Chamam-se, em contrapartida, especiais aqueles direcionados a um grupo ou classe isolada e previamente determinada de problemas (CAMARGO, 2003).

A tópica, como instrumento relativamente livre de vinculações lógicas, pressupõe a inexistência, no processo decisório, de demonstração ou fundamentação final. Viehweg (1979) explica que esses requisitos são típicos de sistemas dedutivos, que exigem uma contínua referência de premissas a outras superiores, até alcançar uma proposição nuclear que abranja toda a série de argumentos. O estilo de pensar tópico exigiria, portanto, moderação no uso de reduções e deduções – da mesma forma que ocorreu com o *Ius civile* da Roma Antiga.

Do direito romano, Viehweg (1979) aproveitou, sobretudo, os indícios de não ter havido um ordenamento estritamente sistematizado, visto que, ainda que durante um longo período, se evitou muito a instituição de normas. Limitando ainda mais o campo de pesquisa, ele referiu-se aos textos dos *Digestos* – compilações de fragmentos de jurisconsultos clássicos –, tomando por exemplo o documento assinado pelo cônsul Juliano, em 148. Nele, ao discorrer sobre a usucapião na legislação romana antiga, destaca o relato de um homem que, acreditando na chegada de homens armados a sua terra, foge dela (problemática). Os parágrafos seguintes do *Digesto* destacam que se deveria considerar que tal homem fora arrancado à força de seu terreno, ainda que nenhum daqueles homens tivessem sequer entrado nele (decisão final). Dessa forma, o instituto da usucapião não deveria ser aplicado, pois não seria justa a aquisição de bens alheios por meio de má-fé (*topos*, que, na situação descrita, é representado pelo não consentimento do proprietário do imóvel). Da mesma forma, quando um credor transmite o bem possuído a um terceiro, a usucapião se interrompe e, se a forma com a qual o bem foi adquirido não for admissível, pode ser suspensa. O objetivo de Viehweg com esse exemplo é provar que a utilização de uma casuística aporética, que parte

do problema, pode ser possível e, em alguns casos, por razões de conteúdo, realmente mais eficaz que manter o foco fixo no sistema.

Theodor Viehweg (1979) também recorre ao *mos italicus* para discorrer sobre a origem de alguns dos caracteres de sua tópica. Essa escola de pensadores, que durante muito tempo empenhou-se na análise do texto do *Corpus juris civilis*, foi sequência histórica de um período marcado pela forte aplicação da tópica no direito. A relação entre retórica e jurisprudência era tamanha que a disciplina argumentativa, nos planos de estudos dos eruditos medievais, era base para as matérias específicas, precedendo-as. Esses pesquisadores, durante a análise da principal fonte de conhecimento do período – os textos tradicionais da Antiguidade –, tinham em mãos a dura tarefa de torná-la aplicável. Dessas atividades, surgiam alguns problemas, entre os quais, dois destacavam-se: o primeiro envolvia a posição a ser tomada em caso de incoerência entre literaturas e o segundo, a busca por uma estratégia de relacionamento de situações. As duas dificuldades "forçavam", por assim dizer, o uso da atividade interpretativa como saída, a consideração do texto em função da situação prática. Tal exegese foi por Viehweg considerada essencial à própria prática da jurisprudência.

A aplicação do modo de pensar tópico seria, segundo Viehweg (1979), responsável pela quebra de quatro paradigmas sustentadores de uma teoria que privilegiasse uma consideração estritamente formalista do direito. Inicialmente, ele destaca que o uso de tal instrumento deixaria o sistema longe da realidade, além de procurar (sem sucesso) distanciar-se das influências da própria tópica, o que acabaria por provar que o pensar tópico nunca poderia ser eliminado, *a priori*, de um sistema real. A segunda irrupção provocada pela tópica seria referente aos casos de difícil aplicação em um sistema específico, o que provocaria um "beco sem saída" lógica na resolução do problema. De um lado, há a obrigação de decidir, que proíbe o juiz de recorrer ao *non liquet* (abster-se de julgar); do outro, o decisor tem de encarar a impossibilidade de ampliação ou redução daquele sistema, restando recorrer ao terceiro fator de ruptura provocado pela tópica aplicada ao direito: a necessidade de interpretar. Esse aspecto, a propósito, escaparia dos limites do direito, sendo necessário em quase toda atividade cotidiana.

O último ponto que Viehweg (1979) utiliza para justificar a importância do pensar tópico frente à consideração sistemática do direito refere-se ao caráter problemático apresentado pela própria linguagem. Ele explica que, por ser muito flexível, esse instrumento colocaria em perigo as deduções sistemáticas, uma vez que, por possuírem um elevado grau de volatilidade, o sentido dos signos seria facilmente perdido, forçando, finalmente, uma contínua recorrência à jurisprudência.

Um último aspecto de interesse na análise da tópica proposta por Theodor Viehweg (1979) é a consideração sobre o argumento de autoridade; esse *topos* representa uma opinião consistente, proveniente de alguém que possui vasto conhecimento sobre determinado assunto, sendo reconhecido por tal, diferindo, assim, de uma vaga crença. Esse fator teria suporte para oferecer premissas respeitáveis e fortes, capazes de conduzir uma cadeia argumentativa válida; por isso, é considerado importante elemento na retórica tópica.

Theodor Viehweg (1979), ao considerar que o estilo tópico faz largo uso de analogias, reconhece o relativo carecimento de um sistema lógico perfeito. Aduz, ainda, à necessidade de moderação na área de atuação do catálogo de *topoi*, em último caso até mesmo à interrupção de seu uso em algumas situações de casos particulares, sem nunca, no entanto, abandoná-lo totalmente. Para ele, o direito não deve ser algo cuja aceitação é cegamente imposta, mas um edifício que possibilite a prática da *inventio* lecionada por Cícero (CICERÓN, 1997), construído tijolo a tijolo – caso a caso –, de forma responsável, fazendo uso do que Karl Engisch (2001, p. 214) chamou de "discricionariedade judicial", por respeitar os limites de autoridade e imprimir na decisão um parecer pessoal que leve, finalmente, à satisfação dos anseios sociais por justiça.

4 CRÍTICAS À TÓPICA DE VIEHWEG

Uma série de críticas foi desferida ao estilo de pensar tópico proposto por Theodor Viehweg (1979). Um dos mais importantes questionadores da efetividade da aplicação da teoria foi certamente o jurista espanhol Manuel

Atienza (2007), no livro *As razões do direito*, escrito em 1991. Para ele, a principal pretensão de Viehweg, com o retorno ao modelo tópico, é a relativização da concepção vigente a respeito do "método jurídico".

Atienza (2007) começa a fundamentação de sua crítica explicando que a análise da tópica, modernamente, não foi originária de Viehweg, tendo composto o quadro de diversas disciplinas durante o pós-guerra, como a sociologia, filosofia e ciência política, e até o estudo de obras literárias, não apenas a jurisprudência. Ele esclarece ainda que Ulrich Klug e Edward H. Levi publicaram escritos sobre a aplicação da lógica no direito e a argumentação jurídica, respectivamente, cerca de 2 anos antes de Theodor Viehweg desenvolver no livro *Tópica e jurisprudência* um contraponto entre a lógica e a tópica, como ideia central de sua teoria.

Para Manuel Atienza (2007), os elementos básicos elencados pelo modelo tópico são de uso impreciso e equivocado. A própria utilização do termo 'tópica' já seria ambígua e vaga, podendo referir-se a três coisas interligadas, porém distintas: uma técnica de busca de premissas; uma teoria sobre a natureza das premissas; ou, finalmente, uma teoria sobre o uso de tais premissas na fundamentação jurídica. O exagero na contraposição entre o pensamento tópico e o sistemático teria sido um defeito decorrente dessa primeira imprecisão conceitual. Um segundo conceito questionado é o de "problema". Nesse ponto, ele se baseia em García Amado para explicar que a teoria de Viehweg carece de uma explicação mais clara para esse termo do que a de qualquer caso ou questão em que se admita mais de uma resposta. A imprecisão também estaria presente no conceito de "*topos*", utilizado de diversas formas no decorrer da história: como sinônimo de argumento, como ponto de referência para obtenção de argumentos ou até mesmo como forma argumentativa.

Mais adiante, Atienza (2007) assevera que a procura incessante de Viehweg por soluções justas, a partir de conceitos relacionados à própria justiça, poderia ser classificada como trivial, banal, no sentido de que não contribuiria para o avanço do raciocínio jurídico. Ele acusa-o, dessa forma, de desenvolver um modo de pensar ingênuo, tomando conclusões irrelevantes ao desenvolvimento da práxis jurídica. Além disso, explica que não

faria muito sentido recorrer a uma jurisprudência que não pode contar com outros guias que não a tópica, não devendo valer-se esta sequer do título de "teoria da argumentação jurídica". Ele justifica sua posição afirmando que o estilo tópico não permite que se enxerguem os importantes papéis representados no raciocínio jurídico pela lei, pela dogmática, pelo precedente, permanecendo na estrutura superficial dos "argumentos padrões" (*argumentos estándar*), sem adentrar nas particularidades da realidade jurídica, uma vez que mantêm um grande nível de generalidade. O autor exemplifica com o *topos* "o insuportável não é o certo" (*lo insoportable no es de derecho*), afirmando-o como um enunciado muito geral para ser aplicado, sem mais especificações, à solução de um caso concreto. A tópica se limitaria, dessa forma, a sugerir um catálogo de premissas aplicáveis à argumentação, mas pecaria ao não estabelecer entre elas uma hierarquia, capaz de delimitar os campos de atuação desses *topoi*.

Outro grande crítico às ideias de Viehweg é Claus-Wilhelm Canaris (1996), defensor da concepção sistêmica do direito, que, na obra *Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito*, afirma que a tentativa de Theodor Viehweg de negar o caráter científico da jurisprudência seria incoerente, visto que a própria hipótese da cientificidade do direito contribuiria para o "autoentendimento dos juristas". Da mesma forma, uma teoria (tópica) que tentasse sustentar o direito como uma "técnica descompromissada", que "funciona à base de indícios" e cujo objetivo é puramente a "aceitação do interlocutor", não poderia aspirar seriamente ao caráter de conhecimento científico.

Para Canaris (1996), é redundante falar que a base do pensamento jurídico é a problemática, uma vez que todo caso jurídico não é, *a priori*, de solução evidente. A orientação por meio de problemas não seria, assim, decisiva para o pensamento no direito, por não poder traduzir em "termos teorético-científicos" nenhum critério de decisão, não constituindo, consequentemente, um método interpretativo eficaz. A tópica seria um instrumento dotado de inúmeras fraquezas, obscuro e cuja fundamentação baseia-se no argumento enganoso de que o sistema jurídico repeliria aqueles problemas que não se adequassem à sua gama de soluções. Canaris aduz que

o método sistemático, que, entre outras características, é o mais previsível, estável e seguro, garantiria sua praticidade na condição imposta ao decisor que dele faz uso, de manter-se afastado de eventuais interferências provindas do caso concreto. A tópica, por outro lado, nunca conseguiria permanecer alheia aos estímulos e condições provenientes do sistema.

A ligação da tópica à retórica também foi objeto de consideração de Canaris (1996), na medida em que a legitimação dos argumentos jurídicos não deveria ser efetuada a partir do mero consenso do interlocutor, o que feriria os princípios do direito positivo. Além de numerosos e hierarquicamente homogêneos, os *topoi* seriam de difícil validação. Ainda os catálogos, característicos da tópica de segundo grau, por não serem sistematicamente organizados, dificultariam o processo de autenticação e escolha de argumentos. Cada *topos* constituiria uma proposta de decisão, o que tornaria necessário eleger um critério capaz de possibilitar a escolha de um entre os vários pontos de vista.

5 IMPORTÂNCIA DA TÓPICA DE VIEHWEG NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

É de se destacar inicialmente que, apesar de todas as críticas, os estudiosos da obra de Theodor Viehweg citados, Manuel Atienza (2007) e Claus-Wilhelm Canaris (1996), não descartam a importância da teoria proposta, na medida em que constitui uma forma de raciocinar sobre os espaços do direito em que não cabem fundamentações conclusivas, além de explorar no sistema jurídico aspectos que permanecem indeterminados diante de uma perspectiva exclusivamente lógica. Em outras palavras, sob a perspectiva do jusfilósofo espanhol, apesar de Theodor Viehweg não construir uma teoria, em sentido estrito, conseguiu desvendar um farto campo para investigação científica (ATIENZA, 2007). Canaris (1996) expressa semelhante conclusão, destacando que as pesquisas efetuadas por Viehweg foram "estímulos provocatórios" para novos estudos nesse importante campo do direito.

Dessa forma, segundo Atienza (2007), aqueles que deram continuidade ao estilo de pensamento proposto por Viehweg tiveram melhores

condições de aperfeiçoá-lo e encaixá-lo em autênticas teorias da argumentação jurídica. Ballweg, Rodingen, Seibert e Haft teriam sido exemplos de autores que utilizaram essa vereda aberta pelo jurista alemão para formular suas próprias teses, fazendo da concepção de Viehweg ponto de partida para os mais diversos desenvolvimentos sobre retórica jurídica. Todos eles buscavam a valorização do aspecto pragmático da linguagem, uma maior atenção no que tange à relação entre argumentação jurídica e direito e a crítica à ontologização, causadora de uma compreensão ingênua da linguagem.

Atienza (2007) finaliza que a dimensão apontada pela lógica teve sua continuação determinada por outras concepções da argumentação jurídica desenvolvidas nos últimos anos, que conseguiram atingir uma considerável importância prática, sobretudo no tocante à elaboração de programas que reproduzem as formas características de raciocinar de um profissional do direito. No que se refere ao sistema, teria sido válida a insistência do modo de pensar tópico em desenvolver uma base de dados flexível, capaz de ser modificada sem grandes dificuldades. Quanto às bases de decisão, o sistema deveria supri-las com regras inferenciais não só de domínio público (leis, jurisprudência, decretos etc. – textos normativos compilados oficialmente, de razoável conhecimento público), como também por meio de "regras de experiência", sem caráter público, construindo o que o autor chama de "heurística jurídica" – regras às quais os especialistas têm de recorrer quando parece ser impossível alcançar a resposta do problema concreto mediante procedimento lógico. A tópica pareceria recorrer a algo semelhante a isso, finaliza Manuel Atienza (2007).

Canaris (1996) assevera que a tópica possui, sim, uma função a cumprir na ciência do direito – remanescente, porém significativa –: assegurar a concretização de "valorações jurídico-positivas" em duas possibilidades específicas de casos. As normas só poderiam ser preenchidas pelo próprio decisor (que atua em posição de legislador), no ato do julgamento, abrindo-se a possibilidade de inserção de caracteres valorativos e noções socialmente aceitas de justiça. A primeira situação em que o uso da tópica faz-se apropriado refere-se aos casos em que se identifica lacuna ou ausência de lei referente ao problema proposto. A segunda, segundo o autor, é a referente a "cláusulas

gerais carecidas de preenchimento com valorações". O juiz, após experimentar diversos *topoi*, realizaria ponderações e poderia discricionariamente apontar uma posição considerada justa.

Apesar dos defeitos estruturais, o reacendimento da tópica proposto por Viehweg (1979) é de inegável importância para o direito hodierno. A nova pretensão em aprofundar os conhecimentos sobre retórica baseia-se na intenção de tornar compreensiva a argumentação a partir da situação em discussão. Dessa forma, o próprio autor, ao analisar as consequências de seu estilo retórico na práxis jurídica, reconhece que se pode considerar a tópica um modo "situacional" de pensar o direito, levando em conta as particularidades concretas do caso e destacando-se pela atenção dada ao fator pragmático da linguagem normativa, a ser utilizado como eficiente meio de correção de imprecisões. Em oposição, estaria o modo "não situacional", marcado pela concepção silogística do raciocínio jurídico.

Segundo Viehweg (1979), a lógica deve contentar-se com ocupar o segundo plano no cenário jurídico, pois, para onde quer que se olhe, encontra-se a tópica, aparecendo a categoria do sistema dedutivo como algo bastante inadequado, quase como um impedimento para a visão. O centro de gravidade das operações residiria claramente, de modo predominante, na interpretação em sentido amplo e, por isso, na invenção.

O principal objetivo de Theodor Viehweg (1979) ao desenvolver modernamente a discussão sobre as bases do modelo jurídico vigente é sanar problemas de ordem social. Noções-chave, como as de "interesse público", "vontade contratual", "autonomia da vontade", "*in dubio pro reo*", embora a priori tenham vagueza de sentido, quando aplicadas ao caso concreto, podem significar a redução de uma importante aporia jurídica: o ideário de justiça. Pensar o direito como um fenômeno situacional seria, assim, essencial para anexar nele uma concepção de justiça apta a variar espacial e temporalmente, permitindo uma constante renovação e atualização.

Outro mérito da tópica de Viehweg (1979), apontado por ele mesmo alguns anos após a primeira edição do livro *Tópica e jurisprudência*, é a linhagem de pensadores que utilizaram a vereda aberta pelo jurista alemão para desenvolver suas próprias teorias. Ele destaca os trabalhos de Chäim

Perelman, Luís Recaséns Siches e Julius Stone, autores de obras referentes a uma nova concepção sobre a argumentação jurídica. Ele também deu validade à solução do problema a partir de valores, enquadrados em um sistema em que o uso de tais valores é previamente válido e o significado do problema admite conexões mais abrangentes do que simplesmente os axiomas lógico-dedutivos (CAMARGO, 2003).

Karl Engisch (2001), comentando a tópica viehwegiana, aponta a importância de, no processo decisório, levar em consideração "fatores da vida", elementos situacionais de relevância na interpretação, entendimento e aplicação do direito, como forma de atenuar a tomada de decisão com base na autoridade ou em interesses particulares, muitas vezes impressos pelo próprio legislador, em detrimento de uma concepção geral de justiça. Além disso, destaca o crescente aparecimento, nas últimas décadas, de "casos limítrofes", cuja decisão não poderia ser efetuada univocamente a partir da lei. A partir daí, defende a adoção de um modo de pensar que privilegie a consideração do problema, ante a lógica sistêmica.

Um dos grandes legados da tópica de Viehweg (1979), que faz dela constante ponto de discussão entre juristas modernos, é sua aplicação como método de interpretação constitucional. Mendes, Coelho e Branco (2009) aponta o método tópico como instrumento direcionado a evitar o *non liquet*, além de ferramenta capaz de transformar a Constituição em um "processo aberto de argumentação", do qual todos os operadores do Texto Constitucional seriam partícipes. As contendas políticas seriam convertidas em "conflitos de interpretação", o que resguardaria a Constituição de autoritarismos, uma vez que todos os decisores seriam igualmente legitimados para dar o parecer pessoal e político do resultado interpretativo.

Paulo Bonavides (2004) preleciona que a tópica foi responsável por uma renovação na concepção contemporânea da hermenêutica. A decadência do "positivismo racionalista" teria tornado inevitável o ressurgimento do estilo de pensamento por *topoi*, chegando a atribuir a ele a importância de método, cujo diferencial seria o afastamento dos modelos clássicos de "interpretação objetiva". O apoio de constitucionalistas como Schneider e Ehmke teria sido de suma importância para a absorção das ideias na

matéria, sobretudo ao classificarem a tópica como "instrumento volitivo", relativo à vontade, em oposição aos "instrumentos cognitivos", típicos da inquirição dedutiva.

Os métodos clássicos de interpretação teriam, segundo Bonavides (2004), dificuldades em acomodar-se ao seu objeto – a Constituição, por conta da precária consideração de valores políticos, essencialmente presentes nela. A tópica teria na Carta Magna o seu "campo ideal", em virtude de representar, na sociedade moderna, uma estrutura de conteúdo "aberto e indeterminado", propícia a uma interpretação também aberta, que priorize a situação, o problema relativo ao caso particular. O método tópico levaria o sistema, as normas e até os métodos clássicos à categoria de *topos*, sem ignorá-los, mas também sem dar-lhes a primazia do ato decisório, gerando uma pertinente politização valorativa do Texto Constitucional. O autor expressa metaforicamente a tópica e sua importância no direito constitucional caracterizando-a como

> [...] o tronco de uma grande árvore, que se esgalha em distintas direções e que já produziu admiráveis frutos, sobretudo quando reconciliou, mediante fundamentação dialética mais persuasiva, o direito legislado com a realidade positiva e circundante, criando pelas vias retóricas, argumentativas e consensuais, atadas a essa realidade, uma concepção muito mais rica e fecunda, muito mais aderente à *praxis* e às subjacências sociais do que as próprias direções antecedentes do sociologismo jurídico tradicional (BONAVIDES, 2004, p. 497-498).

6 CONCLUSÃO

Podemos concluir que a intenção de Theodor Viehweg, ao propor, em 1953, um retorno à tópica jurídica desenvolvida por Aristóteles e Cícero, fazendo uso dos conceitos de "prudência" de Vico, era promover uma técnica capaz de servir como opção prática às ideias do positivismo jurídico neokantiano, sustentadoras do regime nazista. Com o fim da guerra, fazia-se

necessário auxiliar a ascensão da "ética material dos valores", procurando reacender a concepção de um direito que pudesse agir como instrumento social de justiça – este foi um dos principais objetivos do advento da tópica modernamente.

Podemos destacar também que, apesar de todas as deficiências estruturais, a tópica jurídica foi um "divisor de águas" do direito contemporâneo, despertando o interesse de vários outros autores ao campo de pesquisa emergente, mudando o estilo das técnicas decisórias, influenciando e sendo influenciada pelo modo de decidir dos juízes. O modo de pensar problemático, por fazer uso de argumentos socialmente aceitos, "lugares comuns" válidos em um determinado contexto temporal, mostrou ser eficiente na intenção de flexibilizar as bases do processo de decisão jurídica, além de não necessitar de rígida fundamentação positiva. Ainda, os adeptos de uma concepção mais rígida de sistema jurídico aceitam que a tópica faz-se extremamente necessária no ato de criação (legislativa) ou, em determinados casos, como instrumento de integração e supressão de lacunas.

A presente pesquisa constatou ainda que, apesar de constituída por conceitos vagos e ambíguos, a tópica foi marcante para a relativização da estrutura lógica no direito moderno. Essa flexibilização teria deixado marcas no direito constitucional, em que a linguagem politizada abre margem a uma interpretação aberta, variável e dotada de caracteres valorativos. Por isso, alguns constitucionalistas atribuem à técnica desenvolvida por Viehweg a importância de método interpretativo – o método tópico-problemático, dotando a Constituição de características que exigiriam uma busca pelo sentido menos rígida que nos métodos clássicos, estritamente sistêmicos.

Finalmente, a reconsideração do modo de pensar problemático deve fazer-se presente nos estudos sobre a prática jurídica, por representar a quebra de um paradigma metodológico que impulsionou a reformulação do próprio conceito de direito, modernamente, resultando na introdução de técnicas argumentativas no processo decisório. O uso de *topoi* mostra ser um eficiente mecanismo de redução de aporias e, quando aplicado de forma adequada, satisfação do socialmente ansiado ideário de justiça.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Tópicos**. São Paulo: Atena, [s.d.].

_____. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1998.

ATIENZA, M. **Las razones del derecho**: teoría de la argumentación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMARGO, M. M. L. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.

CICERÓN. **El orador**. Madrid: Alianza, 1997.

ENGISCH, K. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2008.

HART, H. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PARINI, P. Retórica, raciocínio dedutivo e as possíveis estruturas lógicas da argumentação jurídica. In: FEITOSA, E. et al. **O direito como atividade judicial**. Recife: Bagaço, 2009.

ROESLER, C. R. **Theodor Viehweg e a ciência do direito**: tópica, discurso, racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

VIEHWEG, T. **Tópica e jurisprudência**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1979.

WIEAKER, F. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

Correspondência | Correspondence:

Juvêncio Costa Almeida
Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba – UFPB, Cidade Universitária, CEP 58.051-900. João Pessoa, PB, Brasil.
Fone: (83) 3216-7626.
Email: juvencio.almeida@hotmail.com

Recebido: 31/05/2012.
Aprovado: 13/02/2013.