A TÓPICA NEOARISTOTÉLICA DE THEODOR VIEHWEG - UMA ANÁLISE CRÍTICA DE MANUEL ATIENZA

André Luiz Vinhas da Cruz, Procurador do Estado de Sergipe, Advogado, Secretário Geral da APESE (Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe), Coordenador de Divulgação da Escola Superior da APESE, Professor de Direito Empresarial da Faculdade São Luís e Mestrando em Direito Público pela UGF/RJ.

RESUMO: O presente trabalho serviu como monografia de final de curso da Disciplina "Teoria Geral do Direito", orientada pela Profª. Drª. Margarida Lacombe, no Curso de Mestrado em Direito Público pela UGF/RJ. O mesmo tem por tema a análise, sob um viés pós-positivista, logo, pós-kelseniano, da teoria da Tópica Pura, aplicável à legitimação das decisões judiciais, enquanto prática ressuscitada após a 2ª Grande Guerra pelo jurista alemão Theodor Viehweg, e que sofreu críticas construtivas do jurista espanhol Manuel Atienza, todas analisadas sob a perspectiva de uma teoria da argumentação jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: teoria geral do direito; tópica; argumentação jurídica das decisões judiciais.

ABSTRACT: This paper served as final dissertation in the subject "Law's general theory", orientated by Teacher Margarida Lacombe, in the Master's degree in Law of UGF/RJ. The work deals with the analysis, under a postpositivist view of Topica's pure theory, applied to sentence's legitimation, while practice recovered in the postwar period by the german professor Theodor Viehweg, and that had some criticism from the spanish professor Manuel Atienza, everyone analysed under a legal's argument theory.

KEY WORDS: law's general theory; topica; legal's argument of sentences.

SUMÁRIO: Introdução; I. Os primórdios da tópica; II. A proposta de transposição do paradigma hipotético-dedutivo; III. A tópica Viehwegiana em debate; IV. As críticas de Manuel Atienza à tópica pura; IV. 1. As imprecisões conceituais; IV. 2. A fortuna histórica da tópica e da lógica; IV. 3. A tópica e a questão da justiça; IV. 4. A discutibilidade acerca do *status* de "teoria da argumentação jurídica"; V. Conclusões; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

"Aliás, se essas opiniões forem isoladas, os argumentos contrários perdem sua força de persuasão, desejando-se demonstrar que a superioridade da virtude não dá o direito de mando e de domínio." (Aristóteles)

Remonta aos idos da Grécia Antiga, fervoroso debate entre dois grupos filosóficos: de um lado os sofistas, e, de outro, socráticos, como Platão e Aristóteles, quanto ao uso de estratégias persuasivas e da oratória, objetivando determinado fim.

Já nessa época, por volta do século V a.C., uma das preocupações dos filósofos[1], dentre as inúmeras discussões que eram travadas nas *polis* gregas, cingia-se à análise da real função da "retórica" (acepção aqui tomada como continente, da qual a "tópica" é parte integrante) no pensamento humano.

Interessantes embates foram travados, e destes, em especial, a arte retórica serviu de lastro, na seara jurídica, para a eclosão da crise do positivismo kelseniano, calcado na idéia legalista subsuntiva.

O paradigma jurídico, de coloração neo-kantiana, vigente até então, numa sociedade ainda perplexa com as consequências bestiais

[1] É bom que se deixe claro que aos sofistas era negada a condição de "filósofos", pelo simples fato de serem os mesmos, em verdade, "livres pensadores", "técnicos", a exemplo de Protágoras de Abdera e Górgias de Leontini, e, mais tarde, Isócrates, difusor do ceticismo. Somente ao final do século XIX, foram os sofistas reavaliados como os fundadores da pedagogia democrática e mestres da arte de ensinar. Cf.: CHAUÍ, Marilena. *Introdução à História da Filosofia*: dos pré-socráticos a Aristóteles. v. 1. 2ª ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 159 e segs.

de uma ordem política totalitária nazista, via surgir em Theodor Viehweg uma nova forma hermenêutica, a substituir o silogismo puramente lógico-hipotético.

Contudo, ainda assim o padrão tópico-retórico proposto pelo professor alemão se ressente de um *plus* que o legitime, de relação à racionalidade das decisões judiciais e, como molde de justiça, a gozar de foro universalizante, como pretendia Viehweg.

Não se pode, contudo, olvidar que foi a partir desta reabilitação viehwegiana que advieram, com as melhorias do padrão requeridas, alguns dos grandes expoentes do pós-positivismo contemporâneo, a exemplo de Perelman, Dworkin, Alexy, Häberle e Müller. A importância de Viehweg, deveras, foi ímpar para o desenvolvimento da teoria geral do Direito.

Em particular, as críticas assacadas ao modelo de Viehweg pelo jurista hispânico Manuel Atienza são bastante esclarecedoras, posto que sistematizadas de tal forma, ainda que discutíveis algumas delas, a por em xeque, de forma parcial - advirta-se - a real validade da teoria jurídica a que chamou, pejorativamente, de "tópica pura".

Entrementes, como bem nos lembraria um adepto da tópica, tudo é "questão de força argumentativa"!!

1. OS PRIMÓRDIOS DA TÓPICA

Como já visto, foram os sofistas que, por primeiro, trataram da retórica, assim conceituada por Marilena Chauí[2], como uma técnica de persuasão, através dos "lógoi", isto é, razões ou argumentos opinativos a respeito de uma coisa, baseando-se não no que esta coisa é em si mesma, porém naquilo que aparenta ser.

Fulcrada na dialética, como arte discursiva, a retórica era utilizada pela sofística, com o exclusivo intuito de formar os grandes oradores e políticos atenienses, lhes ensinando as melhores técnicas argumentativas.[3]

Apesar de discípulo de Platão, Aristóteles dele divergiu quando arrolou dentre as artes produtivas ou poéticas regras de uma

---

[2] *Ibidem*, p. 167.

[3] Foi com a terceira e última geração sofística, alcunhada de "epígona", que a retórica e a dialética, ganhando uma feição erística, entraram em decadência, já que os discursos eram desprovidos de fim especial, só utilizáveis pelo simples gosto da discussão pela discussão.

argumentação persuasiva, bem ao gosto dos sofistas, que, no entanto, não viam qualquer possibilidade de uma cognição da verdade absoluta.

Na perspectiva aristótelica, a retórica, antes criticada, devia ser corretamente assimilada como fator democratizante. Para o estagirita, sua utilidade se consubstanciava em prover, no campo judicial, e, em especial, no político, os oradores de ferramentas indispensáveis durante os discursos públicos proferidos nas "ágoras", durante os debates e assembléias da democracia grega.

No particular, mister se faz observar este inusitado caráter legitimador da técnica retórico-dialética, antes vista como mera forma de mercancia de técnicas de oratória, visão que se perpetuou no tempo e espaço, principalmente no pós-positivismo jurídico da segunda metade do século XX, como adiante veremos.[4]

Seguindo uma classificação aristotélica, os meios retóricos se definem por três características básicas:

a) argumento de autoridade: leva-se em conta o caráter e a grandeza moral do orador que emite a opinião ("*endoxa"*);

b) a empatia com o auditório: privilegia-se aquelas opiniões comumente aceitas pelos ouvintes, aumentando, assim, as chances de convencimento; e,

c) plausibilidade argumentativa: os argumentos empregados hão de ser fortes e vigorosos, alicerçados em grande técnica persuasiva.

A força argumentativa era obtida pelos exemplos e pelos entimemas.

Os exemplos refletem fatos da experiência, facilmente identificados e aceitos pelos ouvintes ou auditório; enquanto os entimemas são silogismos encurtados e incompletos, nos quais resta faltante, seja a premissa maior, a menor, ou a própria conclusão.

---

[4] O pós-positivismo de Viehweg e de Perelman foi criticado por Dworkin e outros juristas da época, dada à falta de racionalidade do controle das decisões judiciais, que alçariam foros de discricionariedade jamais antes vista, o que, em parte, é de se discordar. Ainda que, efetivamente, a teoria tópica, concebida no uso dos "topoi", possibilite ao magistrado, no exame do caso concreto, se valer de toda sorte de argumentos e elementos (fáticos, jurisprudenciais, legais etc), a força do convencimento, imposto às partes no dialógo, em si já legitima a decisão.

O silogismo entimemático, contrapondo-se ao lógico-científico, recorre ao expediente da dedução por verossimilhança ou indícios, prováveis ou plausíveis. Daí porque ser admissível a ocultação das premissas primeiras, porque desnecessárias.

Por outro quadrante, o "*Organon*"(tópicos) aristotélico delineou os gêneros do discurso retórico:

a) deliberativo - próprio do discurso político, e voltado para um acontecimento futuro;

b) judiciário - afeto aos tribunais e juízos informais, relativos à fatos passados; e,

c) demonstrativo - referível aos eventos presentes, e que se subdivide em vitupérico (objetiva condenações ou censuras) ou epidítico (se louvável ou elogiável).

No que toca a uma definição do que seja "silogismo retórico", João Maurício Adeodato nos dita:

> ...é um procedimento altamente funcional, eficaz e legitimador; mas, em geral, não é uma estratégia consciente por parte dos chamados operadores jurídicos oficiais (juízes, ministério público, advogados, partes), os quais parecem crer que a decisão do caso concreto de fato é produzida pela norma geral prévia enunciada pelo sistema...[5]

A indicação do jurista pernambucano se explica pelo simples fato de que a conclusão, no silogismo retórico, antecede a própria norma geral que lhe confere substrato. Tal viés dialético tão só reforça a nítida distinção entre este e aqueloutro, mais usualmente usado por nós, o lógico-sintético.

Em países subdesenvolvidos, como o Brasil, *e. g.*, a utilização dos entimemas serviram, e ainda servem, infelizmente (ainda que isto não lhe retire o caráter emancipatório, se bem utilizado), à manipulações

---

[5] ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 262.

engendradas pelos discursos dos poderosos políticos e empresários, dotados desta arma lingüística, por vezes, letal.[6]

Tal manipulação é explicada, ainda que inconscientemente, pelo próprio Aristóteles de Estágira, ao advertir que a ação primordial da retórica é tocar as paixões, despertando e provocando-as. Ao se estudar a ética aristótelica, se percebe, claramente, que o apetite e o desejo produzem as paixões, atuando no "*páthos*"(ânimo) do ouvinte.

Já em Roma, oradores do porte de Cícero e Quintiliano, cônscios deste conteúdo ético do discurso retórico, passaram a mirar a indissociabilidade entre a ética e retórica, como melhor instrumento para educação das paixões e alcance da virtude.

A contrario sensu, por deter o aspecto emocional do ser humano, a retórica se transformou, também, em forma de justificação da opressão, chegando-se ao ponto inconcebível, numa perspectiva meramente peripatética, de, na Idade Média, assimilação da retórica e da dialética como procedimentos do discurso científico. Bom que se frise: na classificação aristotélica, a retórica é uma técnica, e não uma ciência.

O problema ético, portanto valorativo, está no cerne do debate germinado por Aristóteles, ao partir da distinção platônica entre retórica e filosofia, a qual fez parte da educação do filósofo estagirita.

Foi por conta desta guinada conceitual que a retórica sobreviveu à sanha das críticas "puristas" filosóficas. Não que se vislumbre, quem dera, qualquer depreciação ao sistema platônico; pelo contrário, tal necessidade de neutralidade científica, vista na forma de pensar ontológica, foi absolutamente pertinente em sua época.

---

[6] O uso do discurso, como forma de manipulação das massas, principalmente nas sociedades capitalistas, reputadas "emergentes", é descrito, de forma magistral, por Boaventura de Sousa Santos, que, em contraponto, propõe o que chamaremos de uma "novíssima retórica", na qual a legitimação das ações persuasivas perpassa por uma argumentação mais acessível, a do senso comum. Para tanto, Sousa Santos, em *Discurso e poder*, analisou e comparou a prática jurídica oficial do Estado brasileiro e a práxis "marginal" de uma favela carioca, a do Jacarezinho (metaforicamente chamada de "Pasárgada"), na qual a retórica é adaptada a um sistema ilegal, porém, internamente, entre seus moradores, plenamente legítimo. Cf.: SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. 2ª reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 25.

2. A PROPOSTA DE TRANSPOSIÇÃO DO PARADIGMA HIPOTÉTICO-DEDUTIVO

Procedendo-se a um salto de mais de vinte séculos, Theodor Viehweg[7], dentre tantos expoentes, retoma a discussão sobre a tópica aristotélica, questionando, *in casu*, o modelo normativista da Escola de Viena, calcado no silogismo hipotético-dedutivo, que abstrai todo e qualquer elemento valorativo de seu campo de atuação.

A importância da tópica grega, na metódica do Direito, é revisitada por Viehweg, especialmente em sua obra *Tópica e Jurisprudência*, na qual se busca a prova da aplicação do recurso dialético no campo jurídico, por meio do estudo da clássica jurisprudência romana.

O método sistemático-cartesiano, abraçado por Kelsen, que, louve-se, buscando esquadrinhar uma ciência "pura" do Direito, acabou por isolar de seu conteúdo a questão da justiça, enquanto valor, não mais respondia às perplexidades causadas pelas atrocidades da 2ª Guerra Mundial.[8]

A lógica-formal da dogmática jurídica tradicional não respostava, de maneira eficaz, à questão da razoabilidade exigida nas soluções dos problemas jurídicos. Mister se fez refletir acerca de uma nova fórmula de se estudar as lides tribunalícias, não a partir do método subsuntivo, porém dos problemas à norma geral, em abstrato.

Esta reviravolta no pensamento jurídico de então fez com que o debate sobre os valores, até aquele instante relegado a segundo plano, ressurgisse em sua completude, corrigindo a visão do normativismo, que, embora admitisse o potencial criativo do juiz, ao mesmo oportunizava uma gama extremada de discricionariedade.

Segundo Kelsen, a sentença, como ato de pura vontade do julgador, é, também, norma concreta, na solução dos litígios *inter partes*.

---

[7] Theodor Viehweg, em meados da década de 50 do século passado, lançou as bases do pós-positivismo, que, sem se afastar do normativismo kelseniano, o complementou, visto que buscou, na razão prática ("*phronésis*"), o alicerce valorativo da decisão judicial, sem o extremo apego àquela moldura, de conteúdo vazio, da norma enquanto regra elaborada pela autoridade competente. Cf.: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo), passim.

[8] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*: uma Contribuição ao Estudo do Direito. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 142-143.

Como tal, desde que se amolde ao quadrante da lei (aqui, em seu sentido lato), hierarquizada piramidalmente, tendo no ápice a norma hipotética fundamental, a decisão judicial tem validade, eficácia e justeza.

A grande preocupação, por sua vez, do jurista alemão de Munique é conferir, o que foi desconsiderado, de certa forma, por Kelsen, um grau razoável de aceitabilidade, no seio da sociedade, às decisões jurídicas, que, no arquétipo normativista, apenas tinha limites insertos na "moldura hipotético-legal", dando-se azo a inúmeras e incontroláveis possibilidades interpretativas, dependentes, tão só, da razão subjetiva do magistrado.

Viehweg interconecta duas idéias, *a priori*, ineludivelmente contrárias: o silogismo normativo e o discurso dialético-histórico. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ardoroso discípulo do professor da Universidade de Munchem, com sua natural preocupação lingüística, assevera que "...Viehweg nota, diante deste problema, que o pensamento teórico do jurista elabora também enunciados que se relacionam à práxis jurídica, mas que têm uma natureza peculiar..."[9]

Exatamente neste ponto é que reside o maior interesse da presente análise, preocupada com as críticas, ou quiçá, mal-entendidos, imputados a esta corrente do pensamento jurídico moderno.

O fato de ser pretensamente assistemático e fluido o estilo tópico não merece aplausos, pelo simples fato de, se deslocando o eixo de exame da teoria do Direito do sistema para o problema, ser este que elege aquele, e nele delimita, perquire e responde às demandas, ofertando-lhes soluções mais adequadas e aceitáveis.

No mundo atual, que alguns já alcunham de pós-moderno[10], que não é o caso de Boaventura de Sousa Santos, em seu livro *A crítica*

---

[9] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio à tradução brasileira. *In.:* VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo), p. 3.

[10] Boaventura de Sousa Santos, com propriedade, já alertou que estamos diante de um momento de transição paradigmática, na busca de uma teoria crítica pós-moderna, logo, ainda, num estágio "moderno". Para tanto, urge que tenhamos a consciência de que a busca do conhecimento emancipatório há de ultrapassar a fase atual do "conhecimento-regulação", sem cair na tentação de se quedar ante discursos teóricos que ultimem transformar a própria teoria. A emancipação, seja de que matiz for, se guiará pelo senso comum histórico, tradicional e auto-reflexivo. Cf.: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum*: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, passim.

da razão indolente: contra o desperdício da experiência, a alegação de fluidez e vagueza da teoria tópico-retórica há de ser mitigada, *modus in rebus*.

Mesmo que fundada em "*topos*", a significar "lugar comum", a teoria dos "*loci*" tem amplíssima acolhida na ciência jurídica, que é, em substância, dialética e argumentativa. Quanto mais forte e plausível for a tese defendida, com esteio naquelas opiniões generalizadamente aceitas na sociedade, maior será a segurança e a certeza que todos almejam.

Na doutrina viehwegiana, se valendo do que se denomina de uma "tópica pura", não se pode reconhecer como válido o príncipio da "inegabilidade dos pontos de partida", gestado e dirigido para fundar uma dogmática jurídica regulativa, descritiva e, timidamente, na fase vienense, criativa.

Mais do que nunca ao Poder Judiciário compete promover e concretizar o direito, como ciência libertária, emancipativa e garantidora dos direitos humanos e da democracia. A importância de Viehweg, no atual contexto em se busca o resguardo dos direitos fundamentais em cada nação livre e independente, se torna óbvia, sobretudo em situações de instabilidade política, econômica e social, como é o caso brasileiro.[11]

Relevante que se recorde a importância de Cícero, um dos maiores oradores da Roma Antiga, na inserção, nesta discussão, da "*inventio*", primordial para a tópica jurídica, por ser o próprio cerne deste estilo de pensamento.

Ao traçar uma doxografia, com um catálogo de tópicos, assim como repetiriam, mais tarde, Chaïm Perelman e Robert Alexy, este último com seus "códigos da razão prática", grosso modo, Cícero privilegia o que chama de "invenção do juízo" (na qual se inclui a tópica como arte de achar os argumentos), relegando à "formação do juízo" um mero ritual de passagem das premissas para a conclusão (decisão ou sentença, em nosso particular campo de pesquisa).

---

[11] Vislumbre-se que em Müller, Häberle, Luhmann (este, em particular, preocupado com a supervalorização do Judiciário enquanto poder, o que chamou do surgimento de uma possível "ditadura do Judiciário") e no próprio Habermas, o uso dos "*topoi*" é uma constante, e a referência à experiência histórica, dialógica e argumentativa se espraia sob diversas formas, contudo sempre com uma mesma raiz, tópico-retórica, que renega as premissas *primum verum*.

Como técnica do pensamento problemático, é invertida a forma de pensar juridicamente. O pólo central, agora, se irradia do problema do caso concreto, e dele se elegendo o sistema jurídico a ser aplicado, ou mesmo construído, por meio de lugares comuns, gerais ou específicos, até se chegar à solução mais razoável e adequada.

Os pretores romanos, da época da "*jurisprudentia*", do que chamaram "direito formulário", assim trabalhavam. Após recebidas as queixas, denúncias ou consultas, como pesquisadores dos fatos sociais, dos precedentes orais e opiniões anteriores dos sábios da época, dos argumentos das partes contrárias e de outros fatores, os jurisconsultos emitiam "fórmulas" que eram dadas aos litigantes como sentenças, mandamentos.

Tais fórmulas, compendiadas e depois condensadas pelos glossadores, especialmente da Idade Média, originaram o que hoje conhecemos como "jurisprudência", merecendo nota, em particular, a evolução propiciada pelo "*ius justinianeu*".

Já se percebe, também, uma preocupação, já naquela época com o elemento ético do conteúdo decisório, como "arte dos prudentes" que era.

Robert Alexy, em sua obra *Teoria da argumentação jurídica*, vertida para o espanhol por Manuel Atienza, grande jurista alemão de nossa época, demonstrou ímpar interesse pelo estudo das inúmeras teorias da argumentação jurídica, e suas implicações éticas, desde as teorias analíticas de Moore (naturalismo), de D. Ross (intuicionismo) e de Stevenson (emotivismo); as filosófico-lingüísticas de Wittgenstein e Austin; as de discurso prático de Hare, Toulmin e Baier; a da verdade consensual de Habermas; as da Escola de Erlangen até se chegar à teoria da argumentação de Perelman.

Alexy tem plena consciência das limitações impostas às todas estas teorias do discurso jurídico, causadas pelas disparidades havidas entre os controles normativos de correção e os mecanismos de controle da concordância, a compatibilizar a solução judicial dada e o direito positivo vigente.

De todo esse cipoal de teorias, Alexy aponta, entretanto, que suas atuais configurações inexistiriam, se não partissem de um ponto comum, o da tópica grega reabilitada por Viehweg, ainda que depois,

como veremos, a critique, assim como Atienza[12], em sua *As Razões do Direito*, e com certa razão, diga-se de passagem.

O que mais nos chama atenção, na obra de Atienza, é que o mesmo salienta que o procedimento tópico é altamente elástico e necessariamente provisório.

Enquanto que o positivismo clássico da Escola da Exegese (Portalis e seu "*Code Napoleon*") e da Escola Histórica do Direito (Ihering, que em seguida seria o precursor da "jurisprudência dos valores") se calcava, seja na lei ou na doutrina dos professores de Direito, num sistema estático, meramente descritivo de normas de conduta, o pós-positivismo tópico-retórico é, em sua essência, dinâmico, na busca incessante das premissas de ordem fática, inarredavelmente fluidas e contínuas.[13]

O que nos interessa é o caráter pioneiro do estudo viehwegiano, a parir todas essas posteriores teorias da argumentação jurídica, ainda que à sua tese Atienza negue este *status*.

---

[12] Cf.: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentacíon jurídica*: la teoria del discurso racional como teoria de la fundamentacíon jurídica. Trad. espanhola de Manuel Atienza; Isabel Espejo. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, passim. Cf. também: ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*: teorias da argumentação jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 66.

[13] Seria leviano não trazer à colação as idéias, de ordem filosófica, porém absolutamente aplicáveis à tentativa de justificação do modelo tópico jurídico, de Hans-Georg Gadamer, discípulo de Martin Heidegger, que, por sua vez, se valeu das ensinanças, ainda que recicladas, de Nietzsche. Gadamer, ex-professor da Universidade de Heildelberg, recentemente falecido, em suas obras *Verdade e Método* e *O problema da consciência histórica*, explica e justifica o que entende por "consciência histórica", principalmente nas "ciências do espírito", como a filosofia e o direito. Alerta, o mesmo, que se faz urgente a tomada de consciência de que o presente é histórico e toda opinião é relativa. Assim, a hermenêutica, como ciência da interpretação, em busca da verdade, ganha foros de excelência. Para Gadamer, a ética, como virtude aristotélica, significa aquela disposição de caráter decididamente influenciada pela repetição e pelo hábito. O homem é um ser que apenas se torna o que é e adquire seus modos comportamentais a partir do que faz, a partir de como age. Cf.: GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica.* Pierre Fruchon (Org.). Trad. de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 48.

3. A TÓPICA VIEHWEGIANA EM DEBATE

Como alhures exposto, Viehweg teve o mérito e a sorte (dadas as cirscunstâncias em que escreveu sua principal obra)[14], de trazer para o contexto moderno do século XX a tópica, reabilitada em sua essência.

Os tópicos são premissas compartilhadas que gozam de presunção de plausibilidade ou que, ao menos, passem aos ouvintes uma dada carga de verossimilhança argumentativa. Por não estarem hierarquizadas entre si, para um mesmo problema, mister se faz utilizar tópicos distintos; daí surgindo, portanto, resultados distintos.

Os tópicos específicos (relativos a uma dada segmentação do pensar humano, aqui, jurídicos) são a origem do que Dworkin renomearia, claro que num outro contexto, de "princípios gerais"; e que Alexy tentou hierarquizar por meio de uma estrutura procedural.

A questão da inexistência de hierarquia entre os "*topoi*" nos remete à Herbert L. A. Hart, que, com fuste na doutrina neo-utilitarista de Austin, recicla a teoria kelseniana, aos moldes da "*common law*", sistema jurídico essencialmente consuetudinário.

Hart vê o sistema jurídico como um conjunto de normas primárias ou de reconhecimento (as normas procedimentais ou de estrutura de Kelsen) e secundárias (as de conduta da Escola de Viena), que seriam globalmente eficazes pelo uso da coerção ou sanção embutida na hipótese normativa, estando as segundas sujeitas, hierarquicamente, às primeiras.

No que diz respeito à hierarquia e subordinação às normas ou princípios jurídicos últimos (as de reconhecimento), Hart exemplifica com o caso da Corte inglesa que, considerando que nenhuma lei ou fonte formal do direito determinaria o caso perante a mesma, lançou mão de fontes jurídicas "permissivas", como um texto do Digesto e

---

[14] A obra *Tópica e Jurisprudência* foi fruto de uma série de circunstâncias particulares que levaram Viehweg a concebê-la. No pós-guerra de 1945, numa Alemanha devastada, o professor e magistrado de carreira, estava desempregado e sem maiores expectativas. Resolveu, então, se mudar para um chalé no interior de Munique, sendo que perto de sua casa existia um monastério, que lhe oportunizou o acesso a uma intacta e fabulosa biblioteca, repleta de obras raras, principalmente de Gian Battista Vico, mestre napolitano que viveu no século XVIII. Cf.: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio à tradução brasileira. *In.*: VIEHWEG, Theodor. *Tópica...,* ed. cit., p. 7.

uma obra de um jurista francês, reconhecidas, naquele momento, como "boas razões" da decisão.[15]

Mesmo sendo um positivista, o exemplo de Hart já anuncia a impossibilidade da pressuposição da norma hipotética fundamental kelseniana, posto que mister se fazia, para ter validade e eficácia global, a aceitabilidade, ainda que coercitiva [!?], da decisão pelos seus destinatários. Hart, assim, ainda admitia a plena discricionariedade do ato de vontade jurisdicional.[16]

Como a tópica parte dos problemas, Viehweg os define, assim como Ronald Dworkin[17], como "hard cases" (casos difíceis), ou seja, aquelas questões que aparentemente permitem mais de uma resposta e que sempre exigem um entendimento preliminar, de acordo com o qual assumem o aspecto de questões que precisam ser consideradas com seriedade e para o qual é preciso se buscar uma única resposta como solução.

Dworkin entende, *data venia*, e se valendo de uma metáfora contrafática, a do "Juiz Hércules", onisciente e onipotente, que dada à integridade do sistema jurídico, sempre seria possível uma única resposta correta, cuja idéia é criticamente reformulada por Robert Alexy.[18]

---

[15] HART, Herbert L. A. *O conceito de direito.* 3ª ed. Trad. portuguesa de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 112 e segs.

[16] Interessante é o conceito de "autoridade subordinada", lançado por John Austin, jusfilósofo utilitarista inglês, segundo o qual o direito positivo é um comando delegado aos juízes pelo poder soberano do Parlamento. Cf.: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Nello Morra(Comp.). Trad. e notas de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p. 109.

[17] Dworkin, partindo de uma noção de sistema íntegro do direito, subdivide as normas jurídicas em regras e princípios. Aos princípios ele confere um grau pleno de normatividade, e os subdivide em princípios *stricto sensu* e diretrizes políticas. Entre as regras, só há conflitos solucionáveis por um critério de validade(hierarquia, especialidade ou posterioridade), sendo que uma das regras haveria de ser excluída do sistema. Entre princípios e regras, os primeiros sempre terão primazia; assim como, estes sempre prevalecerão sobre as diretrizes políticas. Os "hard cases" apenas surgiriam na colisão de princípios entre si, na qual por uma dimensão de peso, baseado na razoabilidade (devido processo legal) e na proporcionalidade (necessidade, adequação e ponderação *stricto sensu*), um princípio deixaria de ser aplicado em favor do outro, mas sem necessidade de alijamento do princípio não-aplicado do ordenamento jurídico. Cf.: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio.* Trad. espanhola de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995, passim.

[18] Tal idéia regulativa do "Juiz Hércules", propugnada por Dworkin, é atenuada por Robert Alexy, que assimila a teoria dworkiniana, mas a reformula no que tange à forma de controle da racionalidade da decisão jurídica. Alexy, ao contrário de Dworkin, inadmite a suficiência de um sistema jurídico formado por regras e princípios, apenas. Para Alexy,

A tópica, assim, serve para resolver aporias, vale dizer, dúvidas impossíveis de serem afastadas, se configurando, destarte, num modo de pensar aporético; contraposto ao modo de pensar sistemático.

Explique-se. Todo pensamento surge a partir de problemas, que dão lugar a um sistema. Contudo, a depender da ênfase dada, a premissa pode recair ou sobre o problema ou sobre o sistema.

Se a ênfase é posta no sistema, então se realiza uma seleção dos problemas e, assim, os que não recaem sobre eles são afastados e ficam simplesmente insolúveis. Se, pelo contrário, a ênfase é posta no problema, então se trata de buscar um sistema que ajude a encontrar a solução.

O problema, portanto, leva a uma seleção de sistemas e em geral a uma pluralidade deles, com a noção de "sistemas abertos", nos quais os pontos de vista não são adotados de antemão.

A noção de "sistema", na ciência do Direito, foi dignamente explanada por Claus-Wilhem Canaris.

Segundo Canaris[19], na ciência jurídica, o uso da tópica é impraticável na medida em que se ligue à retórica. Para o mesmo, é inadmissível a afirmação, segundo a qual as premissas fundamentais são legitimadas através do parceiro na conversa, tendo em conta que tais premissas hão de ser determinadas para os juristas através do direito objetivo, em especial através da lei.

Ademais, continua Canaris, na defesa de sua teoria evolutiva dos sistemas, há uma insuficiência da tópica perante o problema da validade e da adstringibilidade jurídicas. Quer isto dizer que como a

---

ao lado das regras e dos princípios, agora qualitativamente distinguidos, fazia necessário um procedimento que legitimasse o sistema, a partir de uma concepção procedimental da razão prática. O direito, como correção, para adquirir a estatura sistêmica desejável, deve se valer de uma concepção mais débil dos princípios(e não exacerbada, como quis Dworkin), contudo não tão fraca, como a dos catálogos de tópicos da tópica pura. O Direito seria um sistema de prioridades *prima facie*, no tocante ao conteúdo substantivo-valorativo dos princípios, que ficam subordinados a um procedimento quase que matemático quanto à definição do peso abstrato de cada princípio. Cf.: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, passim.

[19] CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª ed. Trad. portuguesa de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 255 e segs.

tópica ***apenas*** pode levar à verdade, já que fulcrada em pontos de vista de múltipla utilização, portanto, manipuláveis, sempre restaria a incerteza, para o sistema jurídico, dos resultados, que, de resto, seriam assistemáticos.

Muito embora, citado jurista admita a relevância da tópica viehwegiana naqueles locais onde faltem valorações legais bastantes, e, por isso, não aja espaço para o pensamento sistemático.

Assim, segundo o próprio Canaris, a oposição entre o pensamento dogmático-sistemático e a tópica não é, assim, exclusivista; ao contrário, são auto-complementares e interpenetráveis, até, em parte.

Repita-se, de novo, o já dito antes, de referência à crítica canarisiana. Se a ênfase do intérprete for dada no problema, como sói ocorrer no pensamento tópico-dialético, um ou alguns sistemas terão de ser eleitos, e isto, em nada, implica um consequente desrespeito à legalidade, adentrando, no particular, o conteúdo ético de quem for interpretar o problema, no caso concreto.

Viehweg, diante de uma cultura ocidental, preponderantemente ancorada no método axiomático-dedutivo, foi pioneiro em apontar um outro caminho, e, por isso, tão criticado, como não haveria de deixar de ser, dado ser, ainda, o pensamento humano intrinsecamente "matematizado" (ou é verdadeiro, ou é falso; ou é sim; ou não).

Segundo o jurista alemão, tal método, inspirado em Kant, é equivocado e inaplicável ao Direito, insuscetível de auferir princípios, ao mesmo tempo, seguros e objetivamente fecundos.

Segundo o mestre de Munique, o método dedutivo leva o Direito a um estado tal de engessamento, que, em certos casos, ter-se-ia o estabelecimento da proibição de interpretar as normas, permitindo o "*non liquet*" e uma contínua intervenção do legislador.

Exageros à parte, o método dedutivo, evidentemente, é falível e lacunoso, exsurgindo a tópica como uma das - frise-se bem - possíveis soluções destes desvios, como forma de manifestação da incessante busca do justo, da qual emana o direito positivo e que continua apresentada pelo Direito Positivo.

De relação à questão dos valores, em essência o da **justiça** (sem que isto, em tese, implique um abandono aos critérios da segurança e certeza), a aporia fundamental tópica é o problema de se determinar o que é o justo aqui e agora.

4. AS CRÍTICAS DE MANUEL ATIENZA À TÓPICA PURA[20]

Manuel Atienza[21] aponta inúmeras críticas à tópica de Viehweg, a saber:

4.1 As imprecisões conceituais

As noções básicas da tópica são extremamente imprecisas e, inclusive, equívocas.

Segundo Atienza, termos como "tópica", "problema", "lógica" e "sistema" são sempre vagos, imprecisos ou ambíguos. No caso da noção de "problema", se torna indissociável se referir à definição de "impulso", proposta por Tércio Sampaio Ferraz Júnior[22], em sua teoria da decisão jurídica, segundo o qual "...'Impulso' pode ser entendido como uma questão conflitiva, isto é, um conjunto de proposições incompatíveis numa situação que exigem uma resposta..."

4.2 A fortuna histórica da tópica e da lógica

A eclosão do moderno movimento tópico (retórico) coincidiu com o afastamento da lógica formal-axiomática.

A tópica, também chamada de lógica "informal" ou "material", ressurge no exato instante em que toma corpo uma teoria analítica, apartada dos métodos lógico-formais, para Lorenzen, citado por Atienza.

Sendo assim, paralelamente ao esquecimento da lógica axiomática, a mesma sorte teria a tópica; ao contrário do defendido por Viehweg, a apontar pela substituição da primeira pela segunda.

---

[20] A expressão tópica "pura" mostra o sentido radicalista deste movimento, e foi alcunhada, por primeiro, por Friedrich Müller, em sua obra *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Cf.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 184.

[21] ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*...., ed. cit., p. 70 e segs.

[22] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 88.

Tal assertiva - a de Lorenzen - não aparenta ressoar da maneira propalada, bastando, para tanto, se observar, ainda, mesmo nas ciências naturais, o contínuo uso da lógica e do método dedutivo.

4.3 A tópica e a questão da justiça

Para Atienza, o modelo tópico é ingênuo, tendo em mira que a jurisprudência, objeto de análise do modelo viehwegiano, deve buscar soluções justas a partir de conceitos e proposições extraídos da própria justiça.

Em específico, a crítica é pertinente, e merece reverência. O modelo tópico brada pela busca incessante do ideal justo, porém não indica meios de controle que permitam discutir racionalmente as decisões judiciais.

Ainda assim, Chaïm Perelman[23], ao se apropriar do modelo viehwegiano, o melhora, salientando que sua nova retórica adota uma noção de justiça, mesmo que tal termo tenha nítida coloração particular e subjetiva, ***formal***, isto é, conforme aquilo que a lei disser, e extremamente ligada ao conceito de eqüidade.

Ora, como perspectiva pós-positivista, ainda atrelada àquela idéia de "norma", a tópica se legitima pelo convencimento e fortaleza dos argumentos a inculcar nas mentes dos interlocutores, seja em auditórios particulares, seja no "auditório universal" de Perelman, como idéia regulativa e com pretensão de universalidade. Aqui se observa, no professor de Bruxelas, ainda presente um ideal dogmático, pressuposto.

4.4 A discutibilidade do *status* da tópica como teoria de argumentação jurídica

A tópica, por si só, não pode dar uma explicação satisfatória sobre a argumentação jurídica, enquanto teoria discursiva, visto que a generalidade dos "*topoi*" não permitem mergulhos profundos na estrutura abissal e hierarquizada da metodologia jurídica, a ponto de

---

[23] PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito.* Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 33.

dar uma resposta definitiva à questão da racionalidade das decisões jurídicas.

Realmente, a tópica pode ser considerada um "estilo", um "modelo de razão prática", o que for; porém, ainda, que dela lhe retire o caráter de uma "teoria científica", o que é aceitável, *in rebus*(posto que, ainda que rudimentar, a tópica possui um sistema próprio de signos e elementos a lhe conferir uma identidade singular), negar-lhe a condição de prática argumentativa é inadmissível.

5. CONCLUSÕES

Cerne central de toda a mais recente discussão da metódica jurídica, as razões que levam o juiz a decidir, decididamente, é um dilema ainda sem resposta definitiva, se é que a terá um dia.

Em verdade, invariavelmente, se observa que o magistrado simplesmente já possui dentro de si suas razões de decidir, impregnadas de preconceitos e visões particulares, extraídas do mundo exterior que o circunda e de sua própria formação moral.

Assim, num processo irracionalmente invertido, julga com base nesta gama de variáveis, meta-jurídicas, e para elas busca premissas no ordenamento jurídico que justifiquem seu juízo de convencimento e que tentem, quando muito, dar uma certa razoabilidade ao julgado.

Como ser-no-mundo, absolutamente histórico e parcial (leia-se: relativista), o magistrado, como já alerta Gadamer, há de se compreender, e daí, como hermeneuta que deve ser, conhecer e transformar (e não "desfigurar") o objeto que lhe é posto em análise.

O papel construtivista, ou reconstrutivista[24] do Poder Judiciário, e não só deste, mas da sociedade em geral[25], é o de coletar todo este material fático, normativo e ético-moral, substancialmente histórico, que diante de um prévio procedimento, do conhecimento de todos, igualitário, libertador e democrático, nos levando ao amplo debate público das grandes questões nacionais, a fim de se alcançar não só a

---

[24] Cf.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, passim.

[25] Cf.: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, passim.

racionalidade decisória, mas principalmente a própria efetivação da justiça, enquanto ideal, e a emancipação garantista dos direitos humanos.[26]

Mesmo ecoando utópica - o que é desconsiderado - a anterior assertiva, o modelo tópico-retórico de Theodor Viehweg não surgiu como proposta definitiva (ao contrário, sua função foi a de iniciar o debate) de solucionar questões de tão alta complexidade, como as aqui tratadas.

Viehweg tão-só abriu portas para um novo e amplo campo investigativo, na teoria geral do direito. O que é de digno de louvores em sua "teoria" ou "práxis", como queiram, foi o apontamento para a necessidade de busca de um novo padrão de raciocínio jurídico, a substituir aqueloutro deveras empedernido do normativismo kelseniano.

Tal padrão haverá de navegar em sistemas jurídicos hábeis, e que se adaptam, com rapidez fantástica, às novas e contínuas exigências do mercado capitalista - neoliberal ou social-democrata - e do próprio paradigma globalizante de formação de grandes blocos comerciais, a exemplo do modelo europeu, sem fronteiras, com moeda única e um Tribunal Internacional.

O Brasil, que venceu o medo e optou pela esperança, há de estar atento para essa mudança paradigmática, em especial os operadores do Direito, que agora não mais discutem códigos ou leis, mas sim tratados e convenções, através de *e-mails* ou teleconferências.

6. BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentacíon juridíca*: la teoria del discurso racional como teoria de la fundamentacíon jurídica. Trad. espanhola de Manuel Atienza; Isabel Espejo. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

---

[26] Sobre a origem e o significado da expressão "direitos humanos". Cf.: CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. Eficácia Constitucional: uma questão hermenêutica. *In.: Hermenêutica plural*: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. Carlos Eduardo de Abreu Boucault; José Rodrigo Rodrigues(Org.). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 372.

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*: teorias da argumentação jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2002.
BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do direito. Nello Morra(Comp.). Trad. e notas de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.
CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*: uma Contribuição ao Estudo do Direito. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
_____. Eficácia Constitucional: uma questão hermenêutica. *In.*: *Hermenêutica plural*: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. Carlos Eduardo de Abreu Boucault; José Rodrigo Rodriguez(Org.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.
CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª ed. Trad. portuguesa de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
CHAUÍ, Marilena. *Introdução à História da Filosofia*: dos pré-socráticos a Aristóteles. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. espanhola de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.
FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.
_____. Prefácio à tradução brasileira. *In.*: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo).
GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. Pierre Fruchon (Org.). Trad. de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.
HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Trad. portuguesa de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. 2ª reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.
_____. *Para um novo senso comum*: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.
SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo).