

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 41 • nº 163

julho/setembro – 2004

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Tópica e argumentação jurídica

Thomas da Rosa de Bustamante

Sumário

1. Introdução. 2. O contexto do surgimento da tópica jurídica. 2.1. Contexto histórico e metodológico. 2.2. O pensamento jurídico de Kelsen e sua contestação. 3. Reflexão sobre as principais proposições teóricas da tópica de Theodor Viehweg. 3.1. Caracterização geral da tópica. 3.2. Tópica e sistema jurídico. 3.3. É possível um método tópico? 4. Principais críticas à tópica jurídica. 5. Considerações finais.

1. Introdução

Poucos são os estudos relevantes sobre a teoria da argumentação jurídica que, até hoje, conseguem passar ao largo da tópica de Theodor Viehweg. O livro *Tópica e jurisprudência*, cuja primeira edição é de 1953, constitui um divisor de águas no pensamento jurídico contemporâneo, sendo um dos mais importantes empreendimentos teóricos de sua época por romper em definitivo com o pensamento positivista¹ até então dominante.

A obra de Viehweg obteve destaque por se distanciar da disputa milenar entre positivismo e jusnaturalismo – que, apesar de já ter dado margem a que se consumissem rios de tinta, nunca produziu nenhum resultado satisfatório para o jurista prático –, redirecionando o debate da jurisprudência² para a Retórica antiga, em especial a de Aristóteles. Seu projeto teórico é alimentado pela constatação de que, em direito, nem sempre é possível encontrar uma resposta evidente

Thomas da Rosa de Bustamante é mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ); Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior (Juiz de Fora, MG); Advogado.

e inquestionável para cada caso concreto, de modo que muitas vezes o juiz – ou qualquer outra autoridade com poder decisório – é chamado a realizar valorações que vão condicionar sua decisão. Torna-se necessário, portanto, conhecer o modo pelo qual age o raciocínio jurídico em tais situações, eis que a lógica formal ou o método cientificista-experimental quase nada podem contribuir para uma solução correta para cada problema particular.

Viehweg (1979) crê ser possível, por meio de processos comunicativos em que são aduzidos argumentos com base em premissas que possuem uma estrutura tópica, controlar a racionalidade das tomadas de posição em relação aos valores, abandonando a postura não-cognoscitivista que caracteriza as doutrinas positivas sobre o raciocínio jurídico.

Ao mesmo tempo em que rejeita esse paradigma positivista, o professor de Mainz recupera o conceito de razão prática, que havia sido negado pelos juristas de maior prestígio de sua época, como Hans Kelsen (1984, p. 270-271). O raciocínio jurídico, segundo o autor que ora estudamos, assume uma estrutura necessariamente comunicativa, pois os passos que conduzem à decisão jurídica têm caráter discursivo e intersubjetivo. O processo de raciocínio que na prática leva a uma decisão final passa a exigir que se abandone a perspectiva monológica – do sujeito que simplesmente conhece um objeto preexistente – e se adote a perspectiva dialógica, típica de quem *argumenta* em face de um árbitro que “já não é simplesmente notário da verdade jurídica do legislador”, mas sujeito ativo que, dentro de certos limites, também cria direito (GARCÍA AMADO, 1996).

Como captou um dos mais importantes estudiosos do pensamento de Viehweg, “o raciocínio jurídico, para ele [isto é, para o autor de *Tópica e Jurisprudência*], tem um sentido argumentativo: raciocinar, juridicamente, é uma forma de argumentar. Argumentar significa, num sentido lato, fornecer moti-

vos e razões dentro de uma forma específica”. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 323).

Parece-nos correta a assertiva de Juan Antonio García Amado (1996) de que a tópica de Viehweg, juntamente com a nova retórica de Perelman, constitui importantíssimo precedente das mais recentes teorias da argumentação jurídica, entre as quais se inclui a de Robert Alexy³ (1997). Mais do que *um* antecedente, a primeira constitui para nós o ponto de partida dessas últimas teorias, que, por mais que tenham aperfeiçoado os mecanismos de controle da racionalidade dos argumentos jurídicos, a ela devem muito.

2. O contexto do surgimento da tópica jurídica

2.1. Contexto histórico e metodológico

Para compreendermos de forma satisfatória o pensamento tópico no direito, é necessário levar em consideração alguns dados históricos que influenciaram a sua construção teórica.

A tópica de Viehweg surge num momento em que a metodologia jurídica tradicional (que, como já dissemos, concebia o raciocínio jurídico como verificação da uma verdade normativa pré-existente, apoiando-se na epistemologia clássica) começa a entrar em crise. O período do pós-guerra é marcado por um sentimento de insatisfação com todas as teses jurídicas que reduziam o papel do jurista prático à “aplicação” de um direito inteiramente moldado pelo legislador.

Como salienta Hannah Arendt, o homem moderno, com seu rigoroso cientificismo, fechou-se para dentro de si, tornando-se incapaz de processar raciocínios com base no *sensu comum*. Para Hannah Arendt (2000, p. 293-302), tal fenômeno tem a ver com o advento do método cartesiano, cuja consequência imediata é que o homem “vê-se diante de nada e ninguém a não ser de si mesmo”: “a razão em Descartes, não menos do que em Hobbes, limita-se a ‘prever as consequê-

ências', isto é, à faculdade de deduzir e concluir a partir de um processo que o homem pode, a qualquer momento, desencadear dentro de si mesmo"⁴.

O jurista da época de *Tópica e jurisprudência* começa a desconfiar da afirmação de que as normas gerais elaboradas pelo legislador são sempre racionais e podem oferecer resposta a quaisquer problemas jurídicos. Verifica-se, em especial, um desprestígio da lógica formal no pensamento jurídico, marcado pela rejeição de um sistema axiomático-dogmático.

Por outro lado, a experiência histórica das duas grandes guerras fez com que a comunidade de juristas encontrasse dificuldade em aceitar a idéia de que qualquer conteúdo pudesse ser direito, o que inclusive implicou um breve renascimento do jusnaturalismo na Alemanha, principalmente quando Radbruch reviu os fundamentos de sua filosofia do direito.

A crítica de Viehweg ao positivismo segue porém um outro caminho. Juntamente com Perelman⁵, ele critica a incapacidade do positivismo para lidar com questões controvertidas, para as quais é simplesmente impossível uma perfeita demonstração mediante critérios rígidos e infalíveis. Há, muito freqüentemente, casos em que é inimaginável uma certeza conclusiva a respeito de problemas jurídicos, e nem por isso pode o operador do direito deixar de decidir ou partir para uma decisão completamente irracional. Daí a importante objeção ao positivismo comum a Viehweg e Perelman (2000a, p. 136), sendo o último autor do texto que se segue:

“O que parece justificar o ponto de vista positivista é que, graças à experiência e à demonstração, pode-se estabelecer a verdade de certos fatos e certas proposições, lógicas e matemáticas, enquanto os juízos de valor permanecem controvertidos, sem que seja possível encontrar um método racional que permita estabelecer um acordo a respeito deles. Freqüentemente,

com efeito, quando é necessário superar os desacordos que eles suscitam e tomar uma decisão, é a razão do mais forte que se impõe como a melhor, sendo o mais forte aquele que prevalece pelas armas ou por um voto majoritário. [...]

A concepção positivista tinha como conseqüência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de um uso prático da razão”.

Desse modo, em vez de juntar-se aos jusnaturalistas, Viehweg volta suas atenções para a *prática jurídica*, formulando um esboço de teoria da razão prática que concebe o processo jurídico-decisório como sendo um discurso racional. Como acentua Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 322), “decidir é uma ação humana e qualquer ação humana ocorre numa situação comunicativa”, de modo que “o fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige uma fundamentação”.

Como já mencionamos com brevidade, a descoberta dessa situação comunicativa – que caracteriza os processos judiciais de modo geral – fez com que, no início da segunda metade do século passado, o raciocínio jurídico passasse a ser encarado como um procedimento dialógico. Conforme salienta García Amado (1996), isso implica a crise de praticamente todos os pressupostos do esquema metódico-jurídico anterior, sendo verificável de imediato uma guinada metodológica que pode ser sintetizada nos seguintes pontos:

1) O direito se torna menos rígido: as normas não dizem mais de antemão o que é o direito; não determinam mais todos os passos de decisão, passando a ser um instrumento nas mãos do intérprete, que lhes confere sentido segundo seus desejos e convicções. Não há mais uma verdade objetiva e indubitável, mas “verdades” relativas ao sujeito que interpreta e aplica o direito.

2) “O” método jurídico se converte em “os” métodos jurídicos. O conjunto de pautas ou instrumentos utilizados pelo intérprete para determinar o sentido das normas não é visto mais como um único caminho que conduz necessariamente a uma única solução.

3) Opera-se uma “trivialização” da lógica formal, pois “a firmeza das regras da lógica não garante nenhuma certeza quando as premissas do raciocínio normativo se convertem em contingentes e flutuantes”⁶.

4) A “chave da prática jurídica não está mais na consciência cognoscente do sujeito individual que pondera argumentos objetivos com a balança segura de um método firme, mas na discussão entre sujeitos que postulam por fazer valer sua interpretação e seu interesse”. A prática jurídica demanda uma *técnica argumentativa*, pois deixa de ser uma “pacífica plasmación” de regras prefixadas para se converter em “luta concreta para a fixação de uma regra em cada caso”.

Como se vê, a atividade jurisprudencial deixa de ser apenas *descoberta* para se tornar também *justificação*. O legislador já não resolve sozinho o conflito, pois ao juiz é facultado decidir sobre se a regra jurídica a ser aplicada é ou não apropriada. É certo que isso pode conduzir a um realismo judicial que converte o juiz em “dono e senhor do direito”, mas certamente não é essa a proposta da tópica de Viehweg e das teorias da argumentação que dela seguiram, pois estas últimas vêem a atividade judicial como imersa num contexto social mais amplo, de modo que a decisão sobre um problema jurídico é o resultado de um raciocínio que se publiciza, já que “a prática jurídica decisória não está primordialmente presidida por um raciocínio subjetivo, mas por um argumentar intersubjetivo”. (GARCÍA AMADO, 1996).

O raciocínio jurídico, portanto, conduz a uma série de exigências quanto ao processo decisório⁷. Com a tópica, Viehweg procura selecionar as hipóteses de solução possíveis à luz de cada problema que aguarda uma solução jurídica e ordenar o processo argumentativo.

Antes de adentrarmos especificamente no estudo das teses tornadas públicas em *Tópica e jurisprudência* e aperfeiçoadas numa série de escritos posteriores, convém uma breve análise das críticas dirigidas por Viehweg a um de seus maiores adversários: o normativismo de Kelsen.

2.2. O pensamento jurídico de Kelsen e sua contestação

A obra jurídica de Hans Kelsen pode ser considerada o “último grande projeto positivista” nos domínios da língua alemã⁸ (VIEHWEG, 1965, p. 183).

O traço fundamental dessa teoria do direito é o princípio de *pureza metodológica*: a análise da ciência do direito deve estar isenta de quaisquer interesses, paixões e preconceitos políticos ou ideológicos. Nessa perspectiva, objeto de estudo da ciência jurídica é exclusivamente a *estrutura lógica* do ordenamento jurídico, de modo que o teórico do direito deve abster-se de tecer considerações acerca do conteúdo das normas de direito positivo (KELSEN, 1984; LARENZ, 1997).

Para o jurista do ciclo de Viena, uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas “porque foi produzida de uma determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe”. (LARENZ, 1997, p. 97). A jurisprudência não é, portanto, uma ciência que descreva fatos e investigue a sua ligação causal, sendo considerada do ângulo do positivismo uma doutrina das “formas puras” do direito.

Kelsen (1984, p. 104) imagina um sistema jurídico hierarquizado, sendo que “a norma de escalão superior é ‘aplicada’ na medida em que, de acordo com ela, se produz uma norma de escalão inferior”. Por isso, a ‘aplicação do Direito’ é simultaneamente ‘produção de Direito’. A norma superior determina o seu órgão de aplicação e o processo de criação da norma inferior, podendo, também, determinar mais ou menos completamente o conteúdo dessa norma.

Entretanto, a norma superior “não pode nunca determinar completamente e em todas as direções o ato pelo qual é executada (ou seja, o estabelecimento da norma inferior), de modo que fica sempre uma ‘margem de discricionariedade’ para o órgão aplicador da norma superior e produtor da nova norma jurídica”. Assim, a norma jurídica, “relativamente ao ato de produção normativa ou de execução, tem só o caráter de um quadro a preencher através desse ato”. (KELSEN, 1984, p. 105).

A interpretação, portanto, logra mostrar-nos esse quadro, de modo que, não sendo o resultado da interpretação unívoco, quem tem de aplicá-la encontra-se perante várias significações possíveis.

Na sua teoria da interpretação, Kelsen se volta contra a doutrina tradicional, que aceita que a lei aplicada ao caso concreto não pode fornecer mais do que uma única decisão correta, fundada na própria lei. Porém, o professor de Viena julga impossível estabelecer qualquer critério para orientar a escolha da interpretação correta, pois, ainda fiel ao positivismo, crê ser cientificamente inviável um juízo racional acerca de opções quanto a valores.

Como se vê, há, até certo ponto, um acordo inicial entre o normativismo kelseniano e a tópica: ambos acreditam que há uma margem de ação para o jurista prático, haja vista que a norma jurídica a ser concretizada não permite, seja por imprecisão semântica ou por uma mudança do (ou controversia sobre o) sentido e dos termos utilizados pelo legislador, a mera dedução de uma solução jurídica já pronta. A desavença surge no momento em que o juiz (ou qualquer outro profissional do direito) exerce o seu poder de decisão sobre qual das interpretações possíveis deve prevalecer. Neste ponto, em que se requer naturalmente uma avaliação (ou valoração), Kelsen se recusa a estabelecer critérios, ao passo que a tópica entra em cena a fim de, por meio da leitura retórica do direito, fornecer um mínimo de racionalidade à decisão a ser tomada. Em suma, as

duas teorias divergem acerca da viabilidade da razão prática⁹.

A incapacidade do normativismo para oferecer critérios para a valoração jurídica decorre de um ceticismo em relação a toda e qualquer forma de fundamentação que não possa ser provada em termos definitivos e inquestionáveis. Como nos ensina Perelman, os principais problemas da teoria pura do direito “derivam de uma teoria do conhecimento que só dá valor a um saber não controverso, inteiramente fundamentado nos dados da experiência e da prova demonstrativa, desprezando totalmente o papel da argumentação”. (PERELMAN, 2000b, p. 476).

As teorias jurídicas de Viehweg e de Perelman, assim como todas aquelas que pretendam viabilizar o uso da retórica no pensamento jurídico, pretendem ir além do normativismo, com o fito de permitir uma reflexão concreta acerca de questões que não podem ser resolvidas exclusivamente com os métodos do positivismo. Para essas teorias, “se uma ciência do direito pressupõe posicionamentos, tais posicionamentos não serão considerados irracionais, quando puderem ser justificados de uma forma razoável”. (PERELMAN, p. 480). Desse modo, pressupõem uma distinção entre demonstração e argumentação ou, na terminologia aristotélica utilizada por VIEHWEG (1979, p. 24-25), entre *apodexis* (ou demonstrações apodícticas) e raciocínio dialético, sendo que, neste último, as premissas utilizáveis no discurso não são verdades inquestionáveis, mas “opiniões acreditadas e verossímeis, que devem contar com aceitação (*en-doxa*)”.

3. Reflexão sobre as principais proposições teóricas da tópica de Theodor Viehweg

3.1. Caracterização geral da tópica

A principal obra de Theodor Viehweg (1979, p. 20) começa com uma alusão a Vico, que, já no século XVIII, dissertou sobre os

métodos científicos, designando o método *antigo* como tópico-retórico e o *moderno* como crítico. O método científico moderno é o chamado cartesiano, cujo ponto de partida é um *primum verum*, sendo que todo o desenvolvimento posterior do raciocínio se dá por meio de longas cadeias dedutivas. Já o método retórico leva em consideração o senso comum, “que manipula o verossímil, contrapõe pontos de vista conforme os cânones da retórica e sobretudo trabalha com uma rede de silogismos”. (VIEHWEG, 1979).

O método novo apresenta sérias desvantagens como “perda em penetração (no objeto de estudo), estiolamento da fantasia e da memória, pobreza da linguagem, falta de amadurecimento do juízo, em uma palavra: depravação do humano”. Para evitar essa minimização das potencialidades da razão, é necessário retomar o método retórico, recuperando a fantasia e a memória e abandonando os sistemas simplesmente dedutivos, que podem muito bem ser substituídos por uma “trama de pontos de vista” (ou *topoi*) (VIEHWEG, 1979).

Por isso mesmo, resgata-se a tópica aristotélica, que faz parte do *Organon* e situa-se no terreno do dialético, e portanto distante do apodítico. Neste último tipo de raciocínio, que é o da ciência propriamente dita, estamos diante de proposições primeiras ou verdadeiras (VIEHWEG, 1979, p. 24), ao passo que o pensamento dialético é caracterizado não pela certeza, mas pela “discutibilidade” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 325) dos argumentos utilizados.

A tópica, tal como Aristóteles a concebe, não é um *episteme* (um “hábito de demonstrar a partir das causas necessárias e últimas, e, portanto, uma ciência”), mas uma *techne* (um hábito de produzir uma decisão razoável), ou seja, uma prudência (VIEHWEG, 1979, p. 53-54). Sua principal especificidade é tratar-se de um tipo de pensamento que se autodefine como problemático ou *aporético*. Como tal, orienta-se primordialmente para um problema concreto, uma situação da vida real.

Uma *aporia*, para Viehweg (1979, p. 33), significa “uma questão que é estimulante e ineludível, designa a ‘falta de um caminho’, a situação problemática que não é possível eliminar”. A tópica busca, a partir de tais situações difíceis, fornecer uma saída¹⁰. Todo o trabalho do jurista deve, pois, orientar-se por uma *aporia fundamental*: a questão de saber o que é justo aqui e agora (VIEHWEG, 1979, p. 88).

Ao caracterizar a tópica como uma técnica de pensamento aporético, o autor de *Tópica e jurisprudência* se refere à distinção entre as modalidades sistemática e problemática de pensamento, elaborada por Nicolai Hartmann (apud VIEHWEG, 1979). Neste contexto, problema quer dizer “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”. (VIEHWEG, 1979, p. 34). Todo problema só pode ser resolvido com referência a um sistema, ou seja, a um “conjunto de deduções previamente dado”, a partir do qual se infere uma resposta (VIEHWEG, 1979).

Evidente, portanto, a ligação entre problema e sistema, de modo que a diferença entre as duas formas de pensamento acima referidas (problemático e sistemático) é uma questão de ênfase.

Caso colocássemos a prioridade em um sistema A, B ou C, cada um deles selecionaria os seus próprios problemas e abandonaria o restante. Nas palavras do próprio Hartmann (apud VIEHWEG, 1979), citado em *Tópica e jurisprudência*, “o modo de pensar sistemático procede do todo. A concepção é nele o principal e permanece sempre como o dominante. Não há que buscar um ponto de vista. O ponto de vista é adotado desde o princípio. E a partir dele se selecionam os problemas. Os conteúdos do problema que não se conciliam com o ponto de vista [inicial] são rejeitados”, de modo que se decide “não sobre a solução dos problemas, mas

sobre os limites dentro dos quais a solução pode se mover”. (VIEHWEG, 1979, p. 35). Noutras palavras, aqueles problemas cuja solução não seja dedutível do sistema ficam sem resposta.

Quando voltamos nossas atenções para o problema, como faz a tópica, realizamos a operação inversa, ou seja, uma seleção de sistemas que podem ser úteis à solução do problema inicialmente considerado. O modo de pensar aporético, em vez de duvidar da existência do sistema, crê numa pluralidade de sistemas, sendo que a escolha do sistema utilizado na decisão prática deve ser feita com base em critérios que decorrem, em última análise, do próprio problema.

O papel central da tópica é encontrar as premissas que serão utilizadas no raciocínio jurídico. Uma vez bem definidas essas últimas, a lógica pode conduzir a uma resposta satisfatória. Assim, é falsa a idéia de que há uma incompatibilidade entre a tópica e a lógica formal: para os adeptos da tópica, o que ocorre é tão-somente uma prioridade da tópica sobre a mera dedução de conceitos a partir de um sistema fechado (GARCÍA AMADO, 1987, p. 167). Viehweg, em especial, parte de uma divisão do raciocínio jurídico em dois momentos: um, *pré-lógico*, de “busca das premissas” e outro, *propriamente lógico*, “de conclusão a partir daquelas premissas”. O segundo desses momentos só teria prioridade se o direito fosse construído a partir de um sistema normativo estável e axiomático (GARCÍA AMADO, 1987, p. 166). Como isso não é possível, Viehweg coloca o acento na busca das premissas, visualizando a tópica, conforme o legado de Cícero, como uma *ars inveniendi*, ou seja, “um proceder adequado para a pesquisa das premissas”¹¹ (GARCÍA AMADO, 1987, p. 167).

Viehweg (1979, p. 29), neste ponto, adota a distinção, que Cícero estabeleceu quase trezentos anos após Aristóteles, entre *Invenção* e *Formação do Juízo*, sendo a tópica a arte de encontrar, por meio dos *topoi* ou

loci, o material necessário para a demonstração¹².

Tal concepção problemático-inventiva se mostra particularmente adequada à jurisprudência, pois o seu problema central – a aporia fundamental da justiça – mantém-se permanentemente. O pensamento jurídico possui uma estrutura tópica por pelo menos três razões (VIEHWEG, 1979, p. 89):

“ 1) A estrutura total da jurisprudência somente pode ser determinada a partir do problema;

2) As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições têm de ficar ligados de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele;

3) Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados em uma implicação que conserve sua vinculação com o problema. Qualquer outra forma de implicação deve ser evitada”.

Todo o edifício jurídico, portanto, explica-se em razão da necessidade de resolver casos concretos (GARCÍA AMADO, 1987, p. 164), sendo a tópica o modo adequado de atuação do jurista.

A tópica serve ao jurista prático, em especial, para encontrar os argumentos utilizáveis na justificação concreta de uma decisão. Esse procedimento se dá por meio do emprego discursivo dos *topoi*, que constituem, para Aristóteles (apud VIEHWEG, 1979, p. 26-27), “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade”. Os *topoi* “funcionam como *fórmulas de procura* no sentido retórico”, como orientações para a invenção (VIEHWEG, 1979, p. 104).

Como modo de pensar, a tópica procede de juízos fragmentários, sem a perfeita coerência de um sistema. Inclui-se numa ordem que está sempre por ser determinada, à medida que são descobertos e esclarecidos os *topoi*. Esses podem ser encontrados por meio de “tentativas”, ou seja, partindo-se de pon-

tos de vista mais ou menos arbitrários escolhidos casualmente. Parte-se, nesse caso, diretamente do problema, buscando uma ordenação capaz de resolvê-lo de forma razoável. Trata-se, nessa hipótese, do que Viehweg (1979, p. 36) denomina *tópica de primeiro grau*.

Paulatinamente, vão se formando *reperitórios de pontos de vista* relevantes para a argumentação prático-jurídica, aos quais se pode recorrer para encontrar premissas verossímeis utilizáveis na discussão. Tais *catálogos de topoi* compõem a *tópica de segundo grau*, a qual representa um desenvolvimento, sempre provisório, da *tópica de primeiro grau*.

A perspectiva dialético-retórica¹³ da *tópica* de Viehweg (1979, p. 103) tem a inolvidável vantagem de “tornar compreensível toda argumentação a partir da situação discursiva”. O processo jurídico-decisório passa, como já vimos, a ser considerado dialogicamente: o discurso é uma instância de controle da plausibilidade dos pontos de vistas que integram cadeias de argumentos em favor de uma pretensão.

Sem dúvida, a *tópica* possui o mérito de revelar a estrutura comunicativa do saber jurídico, contribuindo em muito para a democratização do exercício da jurisdição e abrindo caminho para um amplo desenvolvimento ulterior de teorias sobre o emprego e o controle de argumentos jurídicos. Com efeito, “decidir é uma ação humana e qualquer ação humana ocorre numa situação comunicativa”. De outro lado, a decisão jurídica provém de um discurso *racional*, haja vista que, na aplicação do direito, está sempre presente uma necessidade de fundamentação ou justificação (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 322).

Ao substituir a lógica formal por um processo discursivo de construção de convencimento (e de motivação de uma decisão por parte do juiz), Viehweg reduz o enfoque dado aos aspectos sintático (que abarca a conexão de signos com outros signos) e semântico (que trata da “conexão de signos com objetos, cuja designação é assertada”),

passando a enfatizar a *dimensão pragmática da linguagem* (VIEHWEG, 1979, p. 103; SOUZA NETO, 2002, p. 153), que diz respeito à relação entre os signos e aqueles que os utilizam (ou com a conexão situacional).

Esse enfoque pragmático implica uma *atitude retórica* por parte do jurista, que se afasta da anteriormente dominante “atitude *espiritual* anti-retórica”, a qual prefere uma concepção sintático-semântica da linguagem, utilizando-a prioritariamente como instrumento descritivo. Essa *atitude retórica* consubstancia um “saber situacional que visa a orientar a ação” (SOUZA NETO, 2002, p. 154).

A partir dos *topoi*, ainda que não se possa demonstrar apoditicamente a veracidade de uma tese qualquer, pelo menos é possível alcançar afirmações plausíveis, susceptíveis de serem resgatadas discursivamente. Esse processo, ao contrário do que um crítico positivista poderia imaginar, não é completamente livre, mas informado por *deveres comunicativos*: “quem se envolve em uma situação discursiva assume deveres, o que é bastante compreensível para o jurista prático”. Tais deveres (de afirmação, defesa, fundamentação, esclarecimento, repartição do ônus da prova etc.) podem garantir suficientemente afirmações confiáveis, tornando cada vez maior o grau de justificação racional da conclusão obtida a partir da análise *tópica*.

Em uma palavra: a *tópica* recupera a perspectiva argumentativa, estabelecendo determinadas condições para o exercício da razão prática. O recente desenvolvimento dos estudos sobre a argumentação jurídica (levado a cabo por nomes como Alexy, Aarnio, MacCormick, Peczenik, Atienza e tantos outros) teve como estopim a *tópica* de Viehweg, que, junto com a Nova Retórica de Perelman, trouxe o conceito de racionalidade comunicativa para o direito. O seguinte comentário de Karl Larenz (1997, p. 211-212) faz justiça ao pensamento *tópico-jurídico*:

“A idéia que se tornou familiar aos juristas, antes do mais devido a Vi-

ehweg, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica. Aí trata-se tanto da estrutura lógica da argumentação, especialmente da possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática.”

3.2. *Tópica e sistema jurídico*

Partindo da divisão de Hartmann entre as técnicas de pensamento sistemática e problemática, a tópicica de Viehweg adota uma postura como “anti-sistemática”, no sentido de que, uma vez que um sistema dedutivo completo se mostra inadequado para a jurisprudência, deve o operador do direito se orientar pelo problema. O pensamento sistemático pouco poderia contribuir para a ciência do direito.

Tal atitude anti-sistemática, porém, decorre de uma concepção demasiadamente estreita de sistema jurídico: Viehweg, em *Tópica e jurisprudência*, parece crer que a *única espécie* de sistema existente até então nos domínios da metodologia do direito é o sistema lógico-dedutivo¹⁴.

Por causa desse conceito excessivamente restrito de sistema, Viehweg foi criticado incisivamente por seus opositores, haja vista que a metodologia da ciência do direito, na época em que sua obra surgiu pela primeira vez, já conhecia várias outras acepções de sistema jurídico, inclusive a distinção de Heck entre “sistema externo” e “sistema interno”, este último composto pelos valores e princípios gerais de direito que dão forma à noção genérica de “Idéia de Direito”. Assim, Diederichsen (apud CANARIS,

1996, p. 6-7) contradita o professor de Mainz por ter conduzido “uma luta contra moinhos de vento” e um “combate aparente”, pois já não existem mais, há muito tempo, defensores do sistema axiomático-lógico.

Nas palavras de García Amado (1996), nem mesmo a jurisprudência dos conceitos (à qual a tópicica vai se opor radicalmente) concebe um sistema jurídico tão perfeito e fechado como o descrito em *Tópica e jurisprudência*. O componente crítico da tópicica de Viehweg deve ser matizado e reorientado, pois sua ruptura não é com um método jurídico propriamente lógico-dedutivo, mas com o “ontologismo subjacente ao método do século XIX”. A grande guinada da tópicica foi romper com a crença de uma total separação sujeito/objeto e com a idéia de que para todos os problemas jurídicos há uma solução predeterminada pelo direito positivo, cabendo ao intérprete tão-somente a sua aplicação mecânica. A vontade do legislador já não passa mais a ser considerada necessariamente racional, ao mesmo tempo em que aumenta significativamente a margem de liberdade por parte do juiz, que não se limita mais a *conhecer* o direito preexistente, passando também a *decidir*.

O conceito de sistema de Viehweg é criticado em especial por Canaris (1996, §§ 2º, 5º), que crê firmemente que o pensamento jurídico refere-se, quase sempre, a um *sistema de princípios jurídicos* que conferem *adequação valorativa* e *unidade interior* à ordem jurídica. Tal sistema vai conduzir a atividade do operador do direito, que deve dar prioridade, sempre, à interpretação teleológica do direito, levando em consideração os valores objetivados no “sistema interno”. Canaris (1996) critica ainda a tópicica de Viehweg porque a leitura tópicica do direito é incapaz de conferir a coerência e a adequação interna (ou “justeza”) ao ordenamento jurídico, além de, o que é igualmente grave, comprometer para sempre a adstringibilidade jurídica, pois a função das normas na argumentação jurídica não fica clara nos seus escritos, de modo que a lei parece ape-

nas um *topos* entre outros. Parece difícil então escapar de uma certa unilateralidade da tópica, que subvaloriza a referência sistemática da ciência do direito (SARMENTO, 2000, p. 130).

Todavia, em escritos posteriores¹⁵, Viehweg revê sua postura radicalmente contrária ao conceito de sistema jurídico, enumerando inclusive outras espécies de sistema diferentes do “sistema dedutivo” que tanto combateu. Nesses trabalhos mais recentes, chega o autor a considerar o esquema de pensamento elaborado em *Tópica e jurisprudência* como sendo uma espécie de “sistema dialético clássico” ou “sistema tópico”.

No entanto, parece-nos difícil imaginar a sua versão da tópica aristotélica como um sistema, haja vista o caráter fragmentário e pouco definido dos *topoi* empregados na argumentação. Isso não significa, contudo, que haja uma incompatibilidade entre o pensamento tópico-retórico e o pensamento sistemático. Parece-me claro que no trabalho do jurista prático há espaço para ambas as formas de raciocínio, pois o valor *justiça* aponta tanto para uma “tendência individualizadora” (em que valem os *topoi*, por serem capazes de captar mais de perto a essência de cada caso) quanto para uma “tendência generalizadora” (que exige um tratamento igualitário e, nesta medida, precisa de uma referência no sistema de princípios gerais do direito) (CANARIS, 1996, p. 275-276; ENGISCH, 1996, p. 386).

3.3. É possível um método tópico?

Para Viehweg e seus seguidores, a tópica não pode ser concebida como um método jurídico. Segundo Ferraz Júnior (1979, p. 3), “a tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles”.

Observe-se que o conceito de método empregado pelos primeiros defensores da

tópica coincide com o do positivismo científico. Tal conceito, contudo, não se apresenta para nós como sendo adequado e, uma vez aceito, pode fazer com que não se reconheça o importante *significado metodológico* da tópica no contexto das doutrinas do nosso tempo (GARCÍA AMADO, 1987, p. 176). Deve-se buscar um conceito mais amplo de método, como por exemplo o formulado por Fikentscher (apud GARCÍA AMADO, 1987): “a via para se alcançar uma meta, um resultado concreto”. O método positivista do século XIX não é o único concebível.

Nesta linha, García Amado, que vê a tópica como um método em sentido amplo, a enquadra entre as diretrizes metodológicas antilegalistas que combatem o rigor metodológico do positivismo legalista. Este último concebe o direito como um sistema estático, fechado; vê a racionalidade jurídica como interna ao sistema de proposições, consistindo na ligação lógica entre estas; o método jurídico, assim, é lógico-dedutivo, e a tarefa do jurista prático é “conhecer” o direito aplicável. Já as correntes antilegalistas vêem o direito como sendo algo dinâmico, aberto; a racionalidade jurídica é algo mais amplo, externa ao sistema; seu método é a razão prática e a tarefa da práxis jurídica é chegar a uma decisão plausível (GARCÍA AMADO, 1987, p. 178).

A tópica de Viehweg só não seria um método se essa noção fosse entendida num sentido muito estreito e ultrapassado. Sua importância para a metodologia da ciência do direito é introduzir a perspectiva argumentativa, concebendo a idéia (hoje crucial para o pensamento jurídico) de um *procedimento racional* para construção das decisões jurídicas.

4. Principais críticas à tópica jurídica

A despeito dos avanços da tópica e da sua relevância para o pensamento jurídico, não se pode deixar de mencionar aqui algumas críticas que lhe foram dirigidas.

Um primeiro problema que encontramos na tópica é a ausência de um sistema de pri-

oridades ou uma hierarquia entre os *topoi*. A tópica, que sem dúvida é capaz de colher os argumentos relevantes para o discurso jurídico, falha ao não estabelecer nenhum critério de pesagem e descoberta de regras de preferência entre os pontos de vista argumentativos. Fica a impressão de que a tópica só serve para diagnosticar, e que no momento de decidir carece de complementação por parte de uma teoria dos valores (ENGISCH, 1996, p. 384).

Além disso, a obra de Viehweg não deixa muito claro qual é a relação da tópica com o direito positivo, nem qual a função das normas no processo de decisão, o que pode conduzir à conclusão de que a lei seria apenas mais um *topos* (GARCÍA AMADO, 1987, p. 172-174). Em síntese feliz, Robert Alexy (1997, p. 42) salienta alguns pontos em que a tópica fracassa como empreendimento teórico: 1) a tópica subestima a importância da lei, da dogmática e dos precedentes; 2) realiza uma análise insuficiente da estrutura dos argumentos; e 3) possui um conceito pouco preciso de discussão.

Tais críticas, porém, não retiram o valor da tópica, que reside principalmente em sua originalidade e em seu potencial transformador para a prática jurídica, ao introduzir no direito o conceito de razão prática.

5. Considerações finais

Há campos relevantes para o Direito nos quais os mecanismos da pura metodologia jurídica não levam a nenhuma conclusão, sendo que a decisão deve ser fundamentada com o auxílio da metódica filosófica (ENGISCH, 1996, p. 385).

Nesse terreno espinhoso, a tópica parece ser um método correto para se encontrar as premissas que podem conduzir a uma solução adequada, a fim de indicar respostas plausíveis para problemas que, para o positivismo, seriam decididos de forma irracional.

Tem a tópica a grande virtude de, procedendo de forma inventiva, oferecer um modo

simples e viável de motivação das valorações jurídicas, mudando para sempre a história do pensamento jurídico ao introduzir uma perspectiva argumentativa que se volta para o caso concreto, o que rompe de vez tanto com o ontologismo subjacente à jurisprudência dos conceitos quanto com o normativismo de Kelsen, que reduz o âmbito do conhecimento jurídico ao estudo da estrutura lógica das suas normas, sendo incapaz de fornecer um critério para a escolha entre as interpretações possíveis.

Quanto à questão da insuficiência da tópica para avaliar e controlar as decisões obtidas pelo procedimento discursivo, penso que se trata de um defeito que as teorias contemporâneas da argumentação jurídica haverão de consertar.

Notas

¹ O termo positivismo pode ser entendido em múltiplos sentidos, como mais tarde reconheceu o próprio Viehweg num breve artigo destinado a esclarecer o que ele próprio designa por “positivismo no sentido existente *aqui e agora*” (VIEHWEG, 1965). Para o autor de *Tópica e jurisprudência*, o *positivismo jurídico prático* (que para ele é o mais relevante) considera que o operador do direito está sempre obrigado a se ater, em todas as suas considerações dogmáticas, à constituição positiva válida *ici et maintenant*, bem como às leis positivas e seus equivalentes, de acordo com a constituição. O positivista está obrigado, em todos os casos, a não transgredir a lei em sentido amplo, descartando qualquer indagação “transpositiva” (VIEHWEG, 1965, p. 184).

A atitude positivista por parte do jurista pecaria por não “pensar a respeito das suas últimas conseqüências”, sendo por isso mesmo considerada um equívoco tanto pelo tomismo aristotélico quanto pelo pensamento marxista-leninista. De acordo com Viehweg (p. 183-189), esse positivismo jurídico prático não serve para realizar a função social da dogmática jurídica, haja vista que caracteriza-se por um ceticismo exagerado contra as interpretações mais elásticas dos textos jurídicos, além de um perigoso ceticismo quanto a legitimações/fundamentações muito amplas, já que não consegue se posicionar frente a valores, em especial frente à aporia fundamental do direito: a justiça.

² O termo é utilizado aqui no seu sentido original, equivalente a “dogmática jurídica”.

³ *Teoría de la argumentación jurídica*, publicada pela primeira vez no ano de 1978. Interessante notar, entretanto, que Alexy substitui a perspectiva retórica que caracteriza o pensamento de Viehweg pelo princípio kantiano da universalidade, que dá supedâneo às suas regras da argumentação prática.

⁴ As seguintes palavras de Hannah Arendt (2000, p. 301) nos parecem apropriadas para esclarecer as insuficiências do cientificismo: "... o mundo da experimentação científica sempre parece capaz de tornar-se uma realidade criada pelo homem; e isto, embora possa aumentar o poder humano de criar e de agir, até mesmo de criar um mundo, a um grau muito além do que qualquer época anterior ousou imaginar em sonho ou fantasia, torna, infelizmente, a aprisionar o homem – e agora com muito mais eficácia – na prisão de sua própria mente, nas limitações que ele mesmo criou" (ARENDR, 2000, p. 301).

⁵ Nota-se uma extraordinária convergência entre o pensamento desses dois autores, que se propõem a utilizar a razão prática como critério de correção de decisões a respeito de juízos de valor.

⁶ Merece destaque o fato de que Karl Engisch (1996, p. 383), na sua *Introdução ao pensamento jurídico*, chegou a esta mesma conclusão ao comentar a tópica de Viehweg, *in litteris*: "... a 'trivial' dedução a partir da premissa maior e da premissa menor não diz absolutamente nada sobre a dificuldade e a sutileza da elaboração daquelas mesmas premissas".

⁷ Nesse sentido, Viehweg fala em certos "deveres retóricos" ou "obrigações comunicativas", que contudo são expostos de forma superficial e sem maior nível de detalhamento, o que faz da tópica uma teoria da argumentação jurídica incompleta (ATIENZA, 2000, p. 76). A idéia de que processo discursivo pode ser controlado por regras vai ser melhor desenvolvida por Robert Alexy (1997), nitidamente sob influência da tópica.

⁸ Para um exame mais aprofundado, vide: Kelsen (1984); bem como Larenz (1997).

⁹ O seguinte comentário de Cláudio Pereira de Souza Neto (2002, p. 140) esclarece com precisão este ponto:

"... a tópica comunga da crença, que também tem lugar no normativismo kelseniano, de que as normas jurídicas são passíveis de interpretação unívoca. Para a tópica, não há a possibilidade de se resolver em termos silogísticos a aplicação da norma jurídica. No entanto, a tópica considera possível, ao contrário do que ocorria no normativismo de Kelsen e Hart, ao menos uma versão mais modesta de racionalidade, bem sintetizada na expressão 'lógica do razoável'. A tópica rejeita o ceticismo absoluto do normativismo kelseniano, resgatando a possibilidade da razão prática".

¹⁰ Merece destaque o comentário de Maria Margaria Lacombe Camargo (2001, p. 154) sobre essa noção utilizada pela tópica: "A *aporia* é-nos apresentada no livro *Tópica e jurisprudência* como uma questão ligada à dúvida (*dubitatio*), uma vez que a situação de problematidade se apresenta como permanente. A ausência de caminho próprio e conhecido estimula, por sua vez, a criação do intérprete".

¹¹ A idéia de que, no raciocínio jurídico, é preciso uma técnica ou um estilo especial de busca das premissas, que proceda de modo inventivo, está, segundo Viehweg (1979, p. 50), subjacente à jurisprudência romana, o que teria sido inclusive percebido por Savigny com entusiasmo. Para a tópica, "este modo de trabalhar se caracteriza sobretudo porque permite aos juristas entender o direito não como algo que se limitam a aceitar [ver, *supra*, 2.1.], mas sim como algo que eles constroem de uma maneira responsável".

¹² Como o próprio Viehweg (1979, p. 28) salienta, o nível da tópica de Cícero é sem dúvida inferior ao de Aristóteles. Cícero não conhece, por exemplo, a distinção entre o apodítico e o dialético, nem tem grandes pretensões filosóficas com sua obra. Visa tão-somente a facilitar o trabalho prático dos oradores (e em especial dos advogados), elaborando um catálogo o mais completo possível de *topoi* ou lugares da argumentação. A idéia de que a tópica é uma *ars inveniendi* é, contudo, de fundamental importância para a tópica contemporânea.

¹³ Importante não associar a tópica às vertentes sofisticadas da Retórica, que antecederam Aristóteles e mereceram a pungente crítica de Platão. O discurso retórico que Viehweg abraça e pretende aplicar ao direito é submetido a certas regras básicas do jogo dialético (que inclui a exigência de uma concatenação logicamente correta entre as premissas no discurso prático), além de possuir um *valor ético*, haja vista que se orienta, sempre, para a idéia de *justiça* (aporia fundamental). Assim, a tópica de Viehweg difere em essência da retórica pré-aristotélica de conteúdo sofisticado, que foi brilhantemente descrita por Olivier Reboul (2000, p. 9-10) em trecho que se segue: "... o mundo do sofista é um mundo sem verdade, um mundo sem realidade objetiva capaz de criar o consenso de todos os espíritos, para dizerem que dois e dois são quatro e que Tóquio existe... Privado de uma realidade objetiva, o *logos*, o discurso humano fica sem referente e não tem outro critério senão o próprio sucesso. [...] O discurso não pode mais ser verdadeiro, nem mesmo verossímil, só poderá ser eficaz; em outras palavras, próprio para convencer, que no caso equivale a vencer, a deixar o interlocutor sem réplica. A finalidade dessa retórica não é encontrar o verdadeiro, mas dominar pela palavra; ela já não está voltada para o saber, mas sim ao poder".

¹⁴ García Amado (1987, p. 165) se alinha a esse entendimento. Para ele, “el rechazo por parte de Viehweg del pensamiento jurídico como *Systemdenken* se basa en una asimilación del concepto de sistema a la idea de sistema axiomático lógico-deductivo, considerado como prototipo del sistema perfecto. Así, dice que la tópica ‘presupone’ que no existe un sistema deductivo y que ‘la constante vinculación al problema establece unos límites muy estrechos para la reducción y la deducción’, permitiendo sólo encadenamientos de muy corto alcance, pues estos se deben interrumpir constantemente en atención al problema”.

¹⁵ Em especial, refiro-me aqui a *Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico* (VIEHWEG, [199-?], p.29).

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1994.
- _____. Prefácio do tradutor. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Tópica, derecho y método jurídico. In: *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, n. 4, 1987.
- _____. Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica. In: CONGRESO DE DERECHO PÚBLICO, FILOSOFÍA Y SOCIOLOGÍA JURÍDICAS: PERSPECTIVAS PARA EL PRÓXIMO MILENIO, 1996, Bogotá. *Anais ...* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 169-195.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Armênio Amado, 1984.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: a nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupí. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.
- _____. A teoria pura do direito e a argumentação. In: _____. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.
- REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VIEHWEG, Theodor. Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico. Tradução de Carolina Campo de Melo. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur>. Acesso em: [199-?].
- _____. Que veut-on dire par positivisme juridique?. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 10, 1965.
- _____. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.