



TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: ANÁLISE DA TÓPICA DE VIEHWEG

THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION: ANALYSIS OF THE TOPIC OF VIEHWEG

LORENA ARRUDA* | RENAN SOUSA**

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo estudar a ligação entre tópica e argumentação jurídica, inicialmente proposta por Theodor Viehweg e pelos integrantes da Escola de Mainz e a concepção dinâmica do sistema. Por meio do estudo da retórica, que aborda as formas de um discurso persuadir um auditério em um certo tema e da tópica, que tem como objetivo solucionar questões base com auxílio de argumentos respaldados no senso comum ou na opinião das autoridades. Um pensamento que se baseia na retórica e na tópica auxilia na compreensão da produção de decisões jurídicas nos órgãos estatais brasileiros. Este artigo foi dividido em três partes. Na primeira aborda-se a relação entre tópica e direito. No segundo tomo, analisa-se a argumentação jurídica, abordando a proposta de T. Viehweg. A terceira parte trata sobre a importância da tópica como técnica de racionalização das interpretações na área do Direito.

Palavras-chave: Argumentação jurídica; Direito; Discurso; Persuasão; Tipos de argumentos.

ABSTRACT

This article aims to study the link between topical and legal arguments, initially proposed by Theodor Viehweg and the member of the member of the Mainz School and the dynamic system. Through the study of rhetoric, which addresses the ways in which a speech persuades an audience on a certain topic and the juridic topic, which aims to solve basics issues with the help of arguments supported by common sense or the opinion of the authorities. A thought that is bases on rhetoric and topic helps to understand the production of legal decisions in Brazilian state agencies. This article is divided into three parts. The first analyzes the relationship between topic and law. In the second part, the legal argument is analyzed by the study of Theodor Viehweg's proposal. In the third part, the importance of the topic as a technique for rationalizing interpretations in Law will be analyzed.

Keywords: Juridical argumentation; Law; Speech; Persuasion; Types of arguments.

* Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal.
lorena__arruda@hotmail.com

** Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
renanub@hotmail.com

Recebido em 29-4-2022 | Aprovado em 23-6-2022



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A TÓPICA NO DIREITO; 1.1 BASES DA TÓPICA JURÍDICA; 1.2 TÓPICA, DIALÉTICA E RETÓRICA; 1.3 A RETOMADA DA TÓPICA E OS CONTORNOS CONFERIDOS POR T. VIEHWEG; 2 TÓPICA E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA; 2.1 PENSAMENTO PROBLEMÁTICO; 2.2 O TÓPOS COMO ELEMENTO CENTRAL DA TÓPICA; 2.3 CRÍTICAS À TÓPICA DE VIEHWEG; 2.4 IMPORTÂNCIA DA TÓPICA DE VIEHWEG NO DIREITO CONTEMPORÂNEO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Este artigo busca estudar a relação entre tópica e argumentação jurídica, contribuindo com o debate no âmbito da Tópica Jurídica quanto ao papel dos *tópoi* na construção argumentativa de discursos judiciais e, de forma mais ampla, para o debate acerca dos tipos de raciocínio que são desenvolvidos no Direito. Utiliza-se para tanto, a obra “Tópica e Jurisprudência”, de Theodor Viehweg – a Escola de Mainz. Assim, aborda-se as características gerais que conceituam *tópos*: habitualidade, potencialidade, intencionalidade, simbolicidade para verificar a importância da Tópica para a concepção dinâmica de sistema.

O estudo da tópica jurídica tem diversas nuances, no entanto, todas envolvem o centro das análises da filosofia e da teoria do Direito. Pretende-se com esse artigo discorrer sobre o papel da tópica na Argumentação Jurídica, abordando a diferenciação entre pensamento sistemático e pensamento problemático. Theodor Viehweg utiliza esta abordagem para sustentar que o Direito possui natureza de prática argumentativa, esclarecendo que até o século XVII esta perspectiva argumentativa do Direito era explícita.

O trabalho do jusfilósofo na tentativa de recuperar a tópica como forma de pensar jurídico por excelência funda-se na contradição entre a importância do problema e do sistema para inaugurar e direcionar o raciocínio jurídico. Ao se deparar com uma questão a ser solucionada juridicamente as premissas que nortearão a resolução precisam ser selecionadas a partir da análise do problema concreto. Tais premissas não são nem verdadeiras, nem necessárias, no entanto, integram a gama de opções possíveis à disposição do intérprete, que deve selecionar o ponto de partida que mais se adequa à argumentação que ele deseja desenvolver.

Situando a forma de pensar própria do Direito no raciocínio dialógico, a premissa que inicia a argumentação jurídica define-se como *tópos*. De forma bastante resumida, o *tópos* ou *tópoi*, é um ponto de vista ou um lugar comum, seu teor possui alguma receptividade pelos membros de certa comunidade, mas ele não está totalmente determinado previamente. Durante a prática argumentativa jurídica os integrantes do discurso auxiliam de forma ativa a sua elaboração e alteração e, por isso, o *tópos* possui também a função de difundir os significados atualizados e aceitos de conceitos, mesmo de maneira precária, compostos por sentidos que são alterados frequentemente pela prática de certa comunidade.

Para melhor compreensão das questões que envolvem a tópica no Direito, em especial na argumentação jurídica, sobre o *tópos* e o discurso jurídico, esse artigo foi organizado, além da introdução e da conclusão em três principais partes. A primeira tem como objetivo

explicar a relação da tópica, que era vista nos primórdios como uma maneira de pensar direcionada aos raciocínios aporéticos e o Direito. São abordados os aspectos basilares delineados desde Aristóteles passando por Cícero e Vico e o trabalho de Theodor Viehweg para demonstrar a natureza tópica do direito e de sua forma de pensar que lhe é própria.

A análise da presença da tópica no Direito, é realizada de forma mais detalhada, na segunda parte do trabalho, uma parte do fenômeno jurídico: a argumentação jurídica. Parte-se da diferenciação entre pensamento problemático e pensamento sistemático, assim, é demonstrado que o raciocínio jurídico se perfila à primeira categoria e aborda-se o que é pensar por problemas. É discutida, a função dos *tópoi*, em especial, como as premissas iniciam a argumentação e agem como fonte da qual os participantes do debate retiram seus argumentos.

Explanadas a tópica no direito e a argumentação jurídica, passa-se à última seção do trabalho, em que será realizada a análise da tópica dentro do sistema, analisando o conceito deste ao longo do tempo e principalmente no Sistema Jurídico, penetrando na análise do sistema dinâmico e estático e suas peculiaridades, enquanto conjuntos de normas prescritivas, com regras aptas a decidir os problemas.

A tópica de Theodor Viehweg, entendida como argumentação jurídica, está ligada ao pensamento científico do direito e como técnica na decisão, orientando no propósito da solução do problema, e ao contrário do que se pensa, ela não se contrapõe com o fenômeno da autopoiese do direito, pois tem provocado discussões sobre a construção do sentido, na renovação do sistema, na calibração dos componentes sistêmicos. Ela se coaduna com o sistema dinâmico na medida em que contribui com a solução do problema diante de um caso concreto, sobretudo quando utilizada como técnica a direcionar a conduta e o propósito da interpretação jurídica. Nesse trabalho, transita-se ainda sobre as críticas de diversos doutrinadores em relação a tópica no Direito, ora pela não aceitação como teoria propriamente dita, ora em razão de seu grau de generalidade, sem sujeição aos princípios e regras existentes.

Diante da dinamicidade dos problemas atuais e na dificuldade de subsunção ao sistema fechado de direito, a Tópica, além de ser considerada como um novo paradigma para busca da decidibilidade dos conflitos, ela também tem grande importância como técnica na interpretação do direito, com métodos construídos através dos *tópois*, pois permitem conduzir o intérprete para o raciocínio em torno da solução do problema, como uma abordagem para encontrar argumentos adequados aos casos e o consenso das partes.

1 A TÓPICA NO DIREITO

1.1 Bases da tópica jurídica

Para uma análise da Tópica, é de fundamental importância que se realize o estudo da obra de Aristóteles¹, mesmo que a ideia de *tópos* preceda o filósofo grego. No entanto, é ele quem inicialmente sistematiza a tópica, a incorporando em uma estrutura filosófica e teórica

¹ SPRUTE, J. *Die Enthymentheorie der aristotelischen Rhetorik*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1982, p. 150. apud AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorías de la tópica jurídica*. Madri: Civitas. 1988, p. 43.

mais ampla. Ao tratar da tópica aristotélica cumpre assinalar sua ligação com a dialética e a retórica, sendo a primeira entendida como a ação visando uma conclusão com base em premissas válida, enquanto a segunda diz respeito aos argumentos a serem utilizados para cada hipótese argumentativa.

Na retórica aristotélica existem dois planos diferentes: a prática teórica e a teorização da prática da retórica. Aquela almeja através do discurso concreto construído ao se utilizar questões postas obter a adesão do auditório por meio do convencimento com o uso dos meios mais efetivos. Essa vê a retórica como técnica, criando regras para um discurso perfeitamente realizado, pretende não apenas conseguir o convencimento concreto, e sim analisar caso a caso e o auditório, para a escolha do discurso mais convincente.

Ao contrário de outros pensadores como Cícero, por exemplo, Aristóteles disponibiliza técnicas para que seja obtido o conhecimento para os oradores e participantes e busca apontar pontos sobre a estrutura formal do raciocínio e das regras ideais e abstratas do discurso, o que pode ser comprovado pelo estudo do silogismo retórico, que se submete às leis da lógica formal. No entanto, ela não é mais capaz de explicar como a retórica funciona e tem como objetivos últimos a tentativa de conseguir a participação do auditório por meio da persuasão e atingir a plausibilidade. A retórica, portanto, se relaciona com a lógica formal e com informações sociológicas e éticas, ao abordar virtudes e paixões como componentes que integram a argumentação em um discurso concreto².

O silogismo retórico ou *etimema* desempenha papel basilar na estruturação do raciocínio retórico. O que o diferencia do silogismo formal é a qualidade das premissas que iniciam o raciocínio retórico e assim como na dialética são *endoxa* ou em outra análise, os *tópoi*. E por assim ser, as conclusões que derivam do silogismo retórico, não são necessárias ou inatacáveis como aquelas que compõem o raciocínio apodítico. As conclusões oriundas de um raciocínio retórico são apenas as mais plausíveis, as que são mais aceitas³.

O raciocínio retórico, ao partir da *endoxa* ou *tópoi*, utiliza formas que transmitem uma base consensual entre os que participam do discurso e os destinatários, com o intuito de atingir o convencimento por meio do que já existe consenso. Esta tarefa não se finda com a opção da *endoxa* ou *tópoi*, nem apenas no entendimento do discurso formulado. O orador para ser considerado exitoso deve conhecer as técnicas de convencimento do discurso concreto, específicas da retórica como prática, que almejam o envolvimento do discurso nas demais dimensões como a emocional e a ética e o respeito aos postulados da lógica formal.

Aristóteles define os *tópoi* como lugares-comuns, fórmulas variáveis no tempo e no espaço com força persuasiva no confronto das opiniões⁴. Para o filósofo, a tópica não é uma doutrina autônoma e sim um presente na dialética e na retórica. O *tópos*, que é a unidade da tópica, tem conceito semelhante ao de *endoxa*. Os *tópois* e os *endoxa* definem pontos diferentes do mesmo objeto: se relacionam à vertente instrumental do ponto de vista argumentativo usualmente aplicável, já *endoxa* se vincula ao momento em que há aprovação social

² PIRES, Luis Manoel Fonseca. *Interpretação jurídica: Do dogma da completude ao sistema aberto*. Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil. v. 1. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018.

³ ADEOTADO, João Maurício. Uma crítica retórica a retórica de Aristóteles. In: ADEODATO, Joao Mauricio (org.). *A Retórica de Aristóteles e o Direito – Bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica*. Curitiba: Editora CRV, 2014, p. 34.

⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 290

geral das questões iniciais. Os dois conceitos têm *status* de premissas potenciais tanto para o raciocínio dialético ou para o raciocínio retórico. As premissas plausíveis e verossímeis serão denominadas como *endoxa* pela característica epistemológica de sua temática. Serão *tópoi* quando se firmam na prática como mecanismo habitual na argumentação⁵.

A Tópica para Cícero, ao contrário da aristotélica, visa a sua aplicação à práxis. Cícero cria então um catálogo de tópicos a partir dos quais seriam criados os argumentos, agrupados conforme a exigência da prática jurídica. O filósofo almejava compreender a Tópica de Aristóteles como ferramenta para utilização de elementos de prova que pudessem ser aplicáveis em qualquer discussão⁶. Aponta, assim, *tópoi* como sendo lugares-comuns de um argumento, compreendendo este como uma linha de raciocínio que define uma questão sobre a qual não existe certeza⁷. O autor pretende universalizar os *tópoi* para que eles possam vir a ser aplicados em qualquer questão. No entanto, esta universalidade não inviabilizaria que os lugares-comuns sejam mais ou menos específicos.

Cícero irá descrever as espécies de discurso (judicial, deliberativo e encomiástico ou epidítico), conectando cada um a certos tópicos, assim como existem tópicos estabelecidos para as partes do discurso (introdução, narrativa, comprovação e peroração). O filósofo acaba com a diferenciação entre raciocínio apodítico e dialético. No lugar, sugere a diferenciação entre as partes que compõem as teorias fundamentais de dissertação: a criação dos argumentos e formação do juízo sobre sua validade⁸.

Viehweg aponta que a diferença entre as tópicas de Cícero e de Aristóteles reside no fato de que aquele trata da criação de uma teoria, já este deseja que seja utilizado um catálogo pronto de tópicos, direcionado para os resultados ao invés de se ater às origens do raciocínio dialético.

Assim, a tópica para Cícero se diferencia da aristotélica, pois este desenvolveu um rol de tópicos para todos os problemas pensáveis. Aquele por sua vez, em conjunto com seus discípulos, buscou transformá-la em um meio auxiliar de discussão de problemas o mais prático possível⁹.

O autor alemão aponta que a Tópica de Cícero é inferior à elaborada por Aristóteles, que possui maior relevo histórico. Tal fato pode ser comprovado pela citação de Cícero em *Educação do Orador*, de Quintiliano, em que é apresentada a importância do trabalho de Cícero como exemplo principal de estudo e reprodução para aqueles que estudam a oratória. Para se determinar se um aluno avançou em seus conhecimentos, é preciso que ele passe a

⁵ SILVA, Christiani Margareth de Menezes e. O conceito de doxa (opinião) em Aristóteles. *Linha D'Água*, 29(2), 43-67, 2016. Disponível em: [https://www.revistas.usp.br/linhadagua/article/view/119999#:~:text=A%20no%C3%A7%C3%A3o%20de%20doxa%20\(opini%C3%A3o,ou%20a%20passionalidade%20dos%20sujeitos](https://www.revistas.usp.br/linhadagua/article/view/119999#:~:text=A%20no%C3%A7%C3%A3o%20de%20doxa%20(opini%C3%A3o,ou%20a%20passionalidade%20dos%20sujeitos).

⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tercio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 28.

⁷ CÍCERO. *Tópica*. Tradução e apresentação por H. M. Hubbell. Cambridge/London: Harvard University Press, 1993 (Loeb Classical Library). p. 389.

⁸ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tercio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 29.

⁹ VIEHWEG, Theodor, op. cit. p. 29.

admirá-lo. Esta ideia foi difundida por outros estudiosos da retórica, pois o modelo de Cícero foi base de vários tratados entre o fim da Antiguidade e o começo da Idade Média¹⁰.

Cícero teve grande influência sobre os padres da Igreja, que iniciaram a patrística. Importa citar Agostinho, que em *Sobre a Doutrina Cristã*, apresenta o mais completo debate sobre retórica cristã. O religioso ressalta o papel da leitura das Escrituras ao invés da justificativa da ideia de ajuda divina que padres e pregadores se baseavam no desempenho de suas tarefas. Agostinho enumera duas tarefas: a descoberta do que existe para ser aprendido na Bíblia e a exposição do que pode ser compreendido das Escrituras. Tais comportamentos levam aos conceitos da tradição retórica, a invenção (que tem como base a exegese) e o estilo (*elocutio*)¹¹.

Boécio, autor de estudos referentes às Tópicas de Aristóteles e Cícero, que viveu durante o final do século V, aponta que os tópicos podem ser utilizados nas mais diversas formas de raciocínio dedutivo, independentemente de ser demonstrativo, retórico, dialético ou sofístico. Ao contrário de Aristóteles, Boécio não atribui destaque à diferenciação entre raciocínio apodítico e dialético, defende o caráter universal dos tópicos assim como Cícero. No entanto, entendia os tópicos como proposições universais que não precisam de comprovação, pois elas são provas para que uma situação em que há um conflito seja resolvida¹².

Entre os séculos XIII e XV, devido ao surgimento do método escolástico, a tópica e a dialética passaram a desempenhar um papel cada vez menor e foram separadas. Os tópicos, entendidos como proposições máximas¹³ eram tidos como a conexão entre premissas e conclusão do silogismo, caracterizando a força do argumento, e por isso, se diferenciando da dialética.

Gian Batista Vico, filósofo italiano, apresenta em seus trabalhos um contraponto entre os métodos científicos a ele contemporâneos, os dividindo em antigos ou modernos. Aqueles seriam uma herança da antiguidade, a retórica tópica. A origem deste método é o senso comum (ponto de vista comum de uma sociedade em um período temporal específico), operador da verossimilhança ao empregar uma emaranhada rede de silogismo¹⁴.

O método moderno ou crítico tem origem nas teorias científicas cartesianas. Sua origem seria o *primum verum*, componente inicial que não permite questionamentos. A argumentação teria como fundamento este pressuposto inquestionável, criando uma extensa cadeia dedutiva. Este modelo tem como ponto positivo conferir uma maior precisão e objetividade ao argumento final. Os aspectos negativos, no entanto, seriam maiores, que poderiam variar desde um enfraquecimento da memória e do poder criativo, até uma linguagem pobre e inutilização da capacidade de julgamento, elementos prejudiciais, que, em último caso, poderiam levar à “depravação do humano¹⁵”.

Viehweg aponta que a melhor forma de usufruir as vantagens dos dois modelos de argumentação seria o uso alternado de ambos, o que possibilitaria uma análise da situação

¹⁰ KENEDY, George A. Cicero's Oratorical and Rhetorical Legacy. In: MAY, James M. *Brill's Companion to Cicero: Oratory and Rhetoric*. Leiden; Boston; Köln: Brill, 2002. p. 486.

¹¹ KENEDY, George A. *A new history of classical rhetoric*. New Jersey: Princeton University Press, 1994. p. 265.

¹² SPRANZI, Marta. *The art of dialectic between Dialogue and Rhetoric: The Aristotelian Tradition*. Amsterdam; Filadélfia: John Benjamins, 2011. P. 49

¹³ SPRANZI, Marta, op. cit. p. 54.

¹⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 20.

¹⁵ VIEHWEG, Theodor, op. cit. p. 20.

em debate através de ângulos variados. Vico aponta que o elemento central da argumentação é a tópica retórica, provocando a partir dela os outros métodos de apresentação. Tal fato pode ser explicado, pois apenas o modelo retórico proporcionaria a utilização correta da capacidade de discernimento do decisor, a denominada prudência.

1.2 Tópica, dialética e retórica

Nesse ponto cabe trazer os devidos contrastes e *lócus* da tópica, da dialética e da retórica. Para tanto retomar-se aos apontamentos de Aristóteles, para quem os mencionados conceitos possuem íntima relação. Tais relações podem ser observadas em diversos textos contemporâneos, com destaque para o desdobramento da tópica durante a segunda metade do século XX, e para a Teoria Retórica do Direito e da Argumentação Jurídica, pelos integrantes da Escola de Mainz. Por desempenhar papel tão importante, torna-se necessário analisar na obra de Aristóteles a intersecção entre a tópica, a dialética e a retórica.

O filósofo aborda a tópica como uma forma de ajudar metodologicamente a dialética, ou seja, uma forma especial de aplicação da dialética. Já a dialética pode ser entendida como sendo “contraposição ao raciocínio demonstrativo e ao raciocínio erístico¹⁶”. O que as diferencia é a natureza de suas premissas em cada raciocínio e, por assim ser, na espécie de tópicos que cada uma analisa.

A dialética, que se relaciona com o diálogo, é uma forma para a aplicação da lógica formal para a apreensão da verdade. É uma espécie de raciocínio e, por assim ser, um discurso. A dialética é uma maneira de obtenção de conhecimento e o raciocínio dialógico é a dialética. Aristóteles cita duas espécies de raciocínio: o demonstrativo e o dialético. Aquele possui como aspecto principal o rigor lógico e a fundamentação em premissas primeiras, verdades apodíticas ou axioma. A principal dificuldade neste raciocínio reside em se encontrar as premissas primeiras, já que elas não podem derivar de outro silogismo. Este, por sua vez, precisa do rigor lógico, mas não tem como base axiomas e, sim, *endoxas*, de origem grega que tem como significado opinião, ou seja, *endoxa* é uma boa opinião.

O caráter de verdade das premissas apodíticas que iniciam um raciocínio demonstrativo se determina pela alusão a coisas que possuem em relação a elas mesmas, não a outras. Já o raciocínio dialético, que tem como fundamento premissas plausíveis, se relaciona com coisas plausíveis, faz menção a elas, que assim se classificam, pois se mostram boas a todos ou então à maioria. As premissas do raciocínio erístico são aquelas em que não há estruturação de um raciocínio correto ou são plausíveis aparentemente¹⁷.

A diferente natureza das premissas que originam cada um desses raciocínios se relaciona à espécie de questões próprias a cada um deles. O raciocínio demonstrativo se refere às questões em que o sujeito do discurso parte de verdades ou princípios inequívocos extraíndo resultados incontestável. Em contrapartida, o raciocínio dialético envolve questões plausíveis

¹⁶ ARISTÓTELES, *Tópica*, I, 100b, 20 e ss.

¹⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.315

e prováveis, a partir de premissas com as mesmas qualidades, em que só será possível ter opiniões mais ou menos plausíveis¹⁸.

Para Aristóteles o raciocínio dialético não é um processo intelectual ou lógico do raciocinar individual, mas um processo intersubjetivo de troca de argumentos. A dialética é um tipo de raciocínio desenvolvido pelo esquema dialógico característico de uma discussão, pelo uso de um grupo de razões, pelo confronto de opiniões aceitas – que se fundam em um consenso ou sentido comum, impondo-se uma consequência coerente decorrente das opiniões que a originaram.

Já a retórica possui estreita relação com a dialética. Ambas possuem o mesmo ponto de partida, ou seja, a espécie de premissa considerada como plausível ou verossímil. Lidam, as duas, com questões que não podem ser observadas a partir verdades apodíticas em que o desenlace do raciocínio determine uma conclusão necessária e inatacável. A principal diferença entre elas se encontra no fim prático a que cada uma delas se destina¹⁹.

Conforme visto, a dialética pode ser entendida como a espécie de raciocínio que deseja a afirmação da correção ou incorreção de uma tese que se deriva de premissas plausíveis em um debate no qual os participantes estão em posições diferentes. A retórica, ao contrário, objetiva convencer ou persuadir um auditório de que o argumento defendido é correto ou o mais correto dentre os demais. O filósofo grego define a retórica como sendo a capacidade de análise em cada caso o que pode ser utilizado para persuadir.

Bem assim, tem-se que a tópica se relaciona, mas não se confunde com dialética e retórica. A tópica trata dos *tópoi*, lugares-comuns, enquanto variáveis numa base espaço-temporal com força persuasiva no embate de opiniões.

Postas estas premissas históricas e conceituais, passa-se ao estudo da tópica por Theodor Viehweg.

1.3 A retomada da tópica e os contornos conferidos por T. Viehweg

A obra *Topik und Jurisprudenz* (Tópica e Jurisprudência) de Theodor Viehweg, publicada em 1953, reacendeu o debate sobre a tópica e sua efetividade no entendimento do fenômeno jurídico, além de organizar os debates sobre a argumentação jurídica.

É importante ressaltar que esta redescoberta da Tópica não foi algo que se restringiu ao ambiente jurídico, mas sim, seguiu o movimento de negativa da lógica dedutiva no campo jurídico, o que comprova que esta proposta foi algo almejado. Significa um esforço para substituir um pensamento que não era mais adequado à realidade socioeconômica e cultural pós Segunda Guerra Mundial²⁰.

¹⁸ ARISTOTLE. Rhetoric. I, 3, 1358a-1358b. The works of Aristotle, trad. W. Rhys Roberts, Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, vol. 8, p. 598 In: ADEOTADO, João Maurício. *Uma crítica retórica a retórica de Aristóteles*. A Retórica de Aristóteles e o Direito – Bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica. Curitiba: Editora CRV, 2014. p. 24.

¹⁹ BERTI, Enrico. *As Razões de Aristóteles*. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2002, p. 170.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Na obra de Viehweg nota-se o papel de destaque concedido à linguagem na estruturação de fatos e significados que a eles são atribuídos. A linguagem não é entendida como um instrumento capaz de expressar pensamentos e sentimentos e sim como o que os concebe. É vista como uma iniciativa coletiva e contextual.

Este entendimento sobre a Tópica levou a criação de uma Teoria Retórica do Direito e da Argumentação Jurídica, destoante do positivismo jurídico. Em uma determinada situação em que exista um retraimento normativo em que não há uma resposta direta fornecida pelo ordenamento, ao intérprete é autorizado que realize uma escolha de sentido, fundamentada em seu poder discricionário. Na argumentação de base tópica-retórica, a atribuição de sentido não tem como origem um ato individual, a escolha do sentido que será escolhido como o mais correto não é arbitrária.

Dessa forma, alguns dos sentidos que compõem os argumentos em uma argumentação retórica somente são compreendidos e não interpretados, e por assim ser, conclui-se que apenas algumas premissas em um raciocínio retórico devem ser esclarecidas. Isso ocorre, pois sendo *endoxa* ou *tópoi* tais premissas já são entendidas pelo destinatário do discurso vez que partilham socialmente os sentidos sobre as fórmulas. Deve-se, então, analisar a diferença entre compreender e interpretar um termo.

Compreender é captar o entendimento das práticas por meio de habilidades linguísticas adquiridas pelos falantes de uma língua que partilham um mesmo contexto e podem identificar os usos mais comuns da linguagem. Interpretar somente ocorre quando há uma falha na compreensão do sentido de uma expressão se concretizando por meio de sua troca por outra²¹. Quando a comunicação não é suficiente é preciso que a expressão seja interpretada.

O principal argumento presente na obra de Viehweg vai além da mera afirmação de que a forma do pensamento jurídico de seu tempo se caracterizava pela Tópica, pelo raciocínio problemático. O que foi por ele proposto em Tópica e Jurisprudência retorna ao início da doutrina dos tópicos no campo do Direito através da análise de Cícero da Tópica de Aristóteles. O autor também analisa a contraposição entre os métodos antigo e o novo sugerido por Vico, em Elementos da Retórica.

Viehweg aponta que o raciocínio lógico-formal seria a principal divergência da Tópica. Na Antiguidade, esta lógica seria a geometria de Euclides, na Idade Moderna o método matemático-cartesiano. Assim, Theodor, em resposta a estes modelos, aponta os contornos da tópica jurídica. Sua doutrina poderia ser identificada tendo como base três componentes fundamentais: o objeto, que é a técnica do pensamento problemático, já que se relaciona a um problema, que no Direito é um caso concreto que abriga diversas possibilidades de respostas jurídicas válidas; o instrumento, que opera a partir do *tópoi* (*tópos*) ou lugar comum, que é um premissa *endoxa*; e o tipo de atividade que é a procura e a análise de premissas apresentadas em um debate, na busca de um consenso que forneça uma única resposta válida²².

²¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994.

²² ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2ª ed. São Paulo: Landy editora, 2002. p. 65.

A tópica seria uma *ars inveniendi*, ou seja, a arte de descobrir argumentos presentes nos *tópoi* ou lugares-comum²³ que são flexíveis, provisórios, sem estrutura hierárquica. Possuem como função auxiliar uma discussão através da provisão de premissas que irão nortear o raciocínio. Estas premissas serão sustentadas por meio da aprovação de terceiros, ou seja, devem ter uma presunção de plausibilidade. Devido a essas características das premissas, a argumentação do interlocutor será aceitável, pois ele tem ao seu dispor uma variedade ampla de *tópoi* que lhe abastece com diversas possibilidades.

Viehweg em “Tópica e Jurisprudência” cria as bases para Teoria Retórica do Direito, indicando um modelo de jurisprudência. Em sua proposição, podem ser observados três atributos centrais, que se apoiam na noção de problema, pois a decisão tem como norteador o caso concreto. No entanto, a solução não se origina apenas no caso concreto, as especificidades do suporte fático são fundamentais para a escolha do *tópoi* mais conveniente para iniciar uma cadeia argumentativa²⁴.

2 TÓPICA E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Inicialmente importa salientar que a proposição de Viehweg sobre Teoria Retórica do Direito e de uma Teoria Retórica da Argumentação Jurídica não são compreendidas apenas com a análise da sua obra Tópica e Jurisprudência (1953). A diferenciação entre os três níveis de linguagem – sintática, semântica e pragmática, a importância atribuída à pragmática já estavam presentes na obra base do autor. O valor da retórica na formulação do discurso jurídico, no entanto, ainda não era apontado.

Viehweg compreende que tanto o discurso como a argumentação jurídica podem ser entendidos através do pensamento situacional²⁵ e se caracteriza pela certeza de que os significados no discurso e na argumentação não dispõem de um sentido exato, imutável e fixo. A significação será estabelecida utilizando a situação discursiva, com fundamentação nas circunstâncias fáticas analisadas caso a caso, que se relacionam com a fala dos interlocutores. Tal visão torna claro o destaque dado pelo autor à pragmática, pois é importante compreender e analisar como os signos são utilizados pelos participantes do discurso, observando-se o contexto em que ele se desenvolve.

Neste cenário situacional, a retórica surge como modelo de análise oportuno vez que torna possível verificar e compreender este nível pragmático na situação discursiva. Pode-se afirmar que existem significados inicialmente determinados, cujo conteúdo semântico é fixo e imutável. Theodor aponta que o uso apenas da sintática e da semântica não traça um panorama completo sobre o que ocorre no discurso jurídico, nem mecanismos para uma compreensão completa da argumentação jurídica como meio de convencimento.

O discurso situacional ao ser ampliado leva à construção de uma Teoria Retórica do Direito, baseada na ideia de que o fenômeno jurídico tem como origem, principalmente, o discurso e que seu conteúdo não é analisado de acordo com o parâmetro da lógica, da sintática, e nem unicamente da semântica. Apesar de essas duas dimensões serem fundamentais

²³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio, op. cit. p. 290.

²⁴ VIEHWEG, Theodor, op. cit. p. 89.

²⁵ VIEHWEG, Theodor, op. cit. p. 101-103.

para a composição do significado de um enunciado ou de uma prática, não são capazes de elucidar o discurso jurídico amplamente. Esta tarefa cabe à pragmática, pois são os participantes do discurso quem auxiliam para a determinação efetiva dos significados²⁶.

Pode-se, então, levar este entendimento mais amplo sobre a importância da retórica no discurso jurídico para a esfera da retórica como base de uma Teoria da Argumentação Jurídica. A argumentação jurídica norteadas por parâmetros retóricos poderia analisar e situar os argumentos em um contexto pragmático, no qual se prioriza a relação dos signos com seus utilizadores – pragmática e não ao estudo da relação dos signos entre si – sintática- nem a relação dos signos e um significado estabelecido antecipadamente.

Dessa forma, a retórica procura a cooperação com outras disciplinas como a semiótica e a Teoria da Comunicação, que engradeceriam o aparato de análise retórica, já que concedem instrumentos melhorados para reconhecer o nível pragmático do discurso, orientado por diferentes regras, além dos dois primeiros níveis da linguagem. Alguns autores, tais como Garcia Amado, afirmam que poderia ser inferido da obra de Viehweg uma racionalidade retórica que entende que toda e qualquer chance de compreensão e comunicação na esfera do discurso jurídico depende da pragmática e da assunção da situação de discurso²⁷.

A análise retórica é elevada como metodologia diante da aceitação da natureza do direito como prática retórica²⁸, é preciso analisar o papel desempenhado pela tópica. Assim, pode-se afirmar que a retórica analisa o processo comunicativo pelo qual se definem os significados em uma situação discursiva, já a tópica proporcionaria a melhor perspectiva deste processo de criação de sentidos. Isso ocorre porque os tópicos auxiliam a *inventio*, isto é, para a pesquisa e para a descoberta de argumentos plausíveis, nos quais a viabilidade deve ser estudada no caso concreto, observando-se as circunstâncias fáticas do problema posto.

A primeira decorrência que se espera daqueles que seguem o pensamento problemático como maneira de pensar que norteia o agir no campo jurídico é a de que a decisão jurídica que resolve conflitos não tem origem em uma simples dedução oriunda de uma espécie de sistema axiomático. A segunda se baseia na assunção da justiça como aporia fundamental, ou seja, como questão em que não existe uma solução previamente determinada e que exige, a todo momento, que do intérprete ou do aplicador uma decisão que lide da maneira mais adequada com a justiça como o fim do agir jurídico. A definição da forma de pensar o direito como aporético indica que o conteúdo semântico dos textos legais não está totalmente definido previamente e que os conceitos jurídicos não possuem um significado inerente. Percebe-se, então, que a concretização da justiça quando requerida em uma questão não é consequência aplicação direta do texto normativo, mas do processo argumentativo que tem como objetivo chegar à decisão mais adequada.

A racionalidade da decisão jurídica e sua legitimação não seriam consequência da análise de ser acertada ou não a conclusão da autoridade competente para o julgamento. Isso pode ser justificado pelo fato de que a análise do conteúdo poderia não ser muito proveitosa, pois as decisões plausíveis podem ser das mais diversas, não se podendo afirmar que existe apenas uma correta. Dessa forma, a estrutura argumentativa retórica do direito fundamentar-se-ia na tentativa legitimadora no decorrer do processo de desenvolvimento do raciocínio, vez

²⁶ VIEHWEG, Theodor, op. cit. p. 107.

²⁷ AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorias de la Tópica Jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988, p. 114.

²⁸ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: Para uma teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 209.

que as premissas são dadas por um sistema definido anteriormente, e assim, sua conveniência e adequação devem ser justificadas pelo processo de fundamentação argumentativa que a partir delas é desenvolvido. O problema tem função de agir como ponto de referência na busca por *tópoi* que se adequem ao caso para a construção de uma decisão.

2.1 Pensamento problemático

Theodor Viehweg fundamenta sua teoria na diferenciação entre pensamento problemático e pensamento sistemático. A base dessa diferenciação encontra-se no ponto de partida para o raciocínio, ou seja, se ele começou no sistema ou no problema. Ao se adotar o problema como ponto inicial, o desenvolvimento deve ocorrer da seguinte forma e com estas características: o problema, formulado de forma adequada, é inserido em um contexto anterior, no entanto, tal situação dá uma resposta automática ao caso em análise²⁹. O problema desempenha um papel de ponto de referência na busca de *tópoi* adequados à elaboração de uma decisão. Devido ao grande número de possibilidades, não é crível afirmar que o pensamento problemático atua dentro de um sistema.

A justificativa para tal afirmação reside no fato de que não é o sistema que escolhe o problema a ser enfrentado pelo uso de seu aparato e sim o contrário. Quem escolhe o sistema, é o problema, logo sua adequação a determinado sistema não é verificada antecipadamente já que levará a uma diversidade de sistemas. A direção do problema ao sistema não se concilia com a forma de pensar sistemática. Esta seria caracterizada pela independência na seleção dos problemas que lhe são afins, ou seja, os problemas para quais o sistema possa fornecer uma resposta. Se o sistema não for capaz de conferir uma solução, seria o caso de um problema em que a colocação não foi feita da melhor forma ou, então, o caso de um problema aparente³⁰.

Dessa forma, ao se enfatizar o aspecto do sistema, o desenvolvimento do raciocínio se desenrola de forma contrária ao pensamento problemático. Ao se partir do sistema, escolhe-se os problemas. Apenas são aceitos problemas cuja solução esteja presente dentro do sistema. Assim, os conteúdos problemáticos que não se adequam ao critério do sistema são abandonados ou tidos como questões que foram colocadas de forma errada.

Tendo em vista esta caracterização dicotômica, o autor objetiva a defesa do fato que o Direito se move pelo pensamento problemático. Tendo como base este pensamento, a Tópica, como doutrina que visa a procura de premissas, adotadas como pontos de vista ou como enunciados diretivos, a partir da necessidade do caso em análise, poderia lidar com a mais vasta gama de problemas, mesmo que o sistema jurídico não seja capaz de fornecer respostas capazes para a resolução da lide.

Ao se utilizar da proposta da Tópica Jurídica, o jurista não poderia, então, se ater apenas aos aspectos sintáticos e semânticos do Direito. Ou seja, a tarefa do jurista extrapola a análise em abstrato da validade e compatibilidade dos conteúdos normativos. O intérprete e o julgador, para conseguirem compreender a dimensão do fenômeno jurídico, devem compreender a dimensão pragmática do Direito. Para que isso ocorra, é necessária uma análise

²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁰ VIEHWEG, Theodor, op. cit. p. 33.

criterosa da situação discursiva, ou seja, que o problema tem papel fundamental no modo de pensar jurídico³¹

2.2 O *tópos* como elemento central da *tópica*

A *tópica* tem como elemento central o *tópos* ou *tópoi*, no plural. Sendo assim, Viehweg aponta que ao se deparar com um problema, espera-se que se analise os pontos de vistas mais ou menos casuais e arbitrariamente escolhidos, objetivando que sejam descobertas premissas adequadas que desemboquem em uma conclusão. O autor afirma que esta é a forma de agir tendo como base o pensamento problemático ou aporético, que tem como principal vertente a escolha de certos pontos de vistas diretivos, mesmo que não explícitos.

A este grupo de *tópoi*, que são mencionados quando se faz necessário lidar com um problema, apesar de não se saber exatamente sua origem ou formulação, denomina-se *tópica* de primeiro grau. Os *tópoi*, agrupados em um catálogo, que se destina à resolução de problemas e a discussões específicas em determinados campos que utilizam o modo de pensar problemático, estes seriam a *tópica* de segundo grau. Estes catálogos teriam como a função de abrigar um conjunto de pontos de vistas sistemáticos³².

Viehweg também aborda em sua obra os *tópoi* como enunciados diretivos paralelamente à sua aceitação como pontos de vista. Mesmo que seja possível a proposição de uma analogia entre os *tópoi* e os princípios, o autor rejeita esta possibilidade, pois quando ocorre uma referência a princípios, na maioria das vezes, aceita-se uma ideia implícita de sistema. Tendo como fundamento a defesa da abordagem do problema a partir da situação discursiva a que ele está inserido, o autor, então, afasta o conceito de um sistema *tópico*. A *Tópica* seria então como a noção de uma pluralidade de sistemas e não como uma ordenação única sistemática³³.

A importância de se analisar a *Tópica* como doutrina essencial na compreensão do fenômeno jurídico reside no fato de que o Direito, o tempo todo, se depara com problemas que devem ser solucionados. Este é o seu caráter problemático, o qual o jusfilósofo se utiliza para afirmar que as áreas de conhecimento que possuem esta característica necessitam da utilização de uma forma de pensamento aporética. O Direito, por sua vez, como forma de regulação e direção de comportamentos, lida com uma aporia basilar, que é decidir o que é justo em cada caso concreto.

A dificuldade em conceituar *tópoi* se justifica pelas bases da proposta da *tópica* jurídica. Como os *tópoi* são utilizados na orientação da argumentação dos envolvidos no problema posto, tem como fundamento a situação de discurso. Não seria compatível com este objetivo supor que os *tópoi* tenham conteúdo semântico definido previamente, inalterável e fixo. Os *tópoi* como enunciados conferem sentidos que se localizam no campo da pré-compreensão, mas esta afirmação não é suficiente para se afirmar que o entendimento dividido não pode ser modificado por interpretações diferentes quando se emprega os *tópoi*.

³¹ VIEHWEG, Theodor, op. cit. p. 34.

³² VIEHWEG, Theodor, op. cit. p. 35.

³³ VIEHWEG, Theodor, op. cit. p. 109.

Por assim ser, não se pode almejar uma conceituação imanente, determinada e unívoca de *tópoi* antes que seja analisado, o seu funcionamento e sua utilização na argumentação só passam a ter sentido total com o esforço argumentativo que pondera as condições específicas do problema posto. Assim, Viehweg indica a função diretiva da comunicação como aquela própria dos *tópoi*, pois se caracterizam como elementos comunicativos a serem utilizados pela argumentação. Então, a função pragmática dos *tópoi* se baseia exatamente na sua indeterminação, característica que admite aos interlocutores a sua adaptação com base na argumentação que pretendem desenvolver.

Portanto, diante de um problema posto, absorto na situação discursiva, os *tópoi* aparecem como possibilidades de orientação que demandam que o intérprete faça uma escolha. Optar por um *tópos* é decidir por um ponto de vista, que será o norte do pensamento. Por assim ser, a importância de um *tópos* específico apenas pode ser medida quando confrontado com um problema posto, pois seu papel fundamental é servir ao debate de problemas, ajudando na descoberta ou na busca por argumentos. De forma bem sintética, a importância da tópica na esfera jurídica, encontra-se no valor operativo dos *tópoi* para a solução de problemas concretos.

2.3 Críticas à Tópica de Viehweg

A tentativa de desqualificar a Tópica na cultura jurídica moderna nasce com o surgimento do racionalismo e do método cartesiano. Desde então, diversas críticas são apresentadas contra as teorias alternativas ao formalismo como a de Viehweg, que teve uma postura cética sobre as tentativas de explicar uma unidade interna de um direito positivo em um sistema³⁴. Alguns autores, como Canaris, acreditam que as teorias alternativas possuem uma fraqueza em comum, pois uma coisa é reconhecer a limitação da lógica formal dedutiva no Direito e outra, é acreditar que a lógica não desempenha nenhum papel na argumentação jurídica. No entanto, tal crítica não pode ser apontada à Viehweg vez que ele não nega a necessidade e a justificação do sistema, não a maneira como fazem as ciências exatas, ou seja, por meio de uma rede axiomática de conceitos.

Diversos apontamentos foram feitos a forma de pensar tópico criado por Theodor Viehweg. A seguir serão apontados alguns deles, que imputaram à Teoria da Tópica Jurídica deficiências como imprecisões e equívocos conceituais, ingenuidade e superficialidade ou ausência de solução para a questão da legitimação dos tópicos.

Sobre as imprecisões e equívocos, observa-se que as críticas se direcionam ao fato de que a Tópica está presente em um determinado contexto cultural e histórico, e por isso pode haver certo favorecimento a justificação ideológica das decisões judiciais do que ao pensamento sistemático³⁵. Assim, Theodor extrapolaria a contraposição entre o pensamento tópico e o pensamento sistemático, ao manter uma noção de sistema axiomático ou de dedução mais restrita do que a utilizada pelos lógicos³⁶. Ademais, a indefinição dos tópicos permitiria

³⁴ LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1966. Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig.

³⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2. ed. São Paulo: Landy editora, 2002. p. 97.

³⁶ ATIENZA, Manuel, op. cit. p. 58.

que as partes de um mesmo conflito pudessem alegar um ou outro, dependendo do resultado pretendido, pois não são estabelecidas as regras para o seu uso.

Esta crítica se baseia no fato de que a Tópica atualmente utiliza de noções imprecisas e inequívocas. Como exemplo, alguns autores como García Amado consideram ser vaga e que deveria ser dotada de maior especificidade qualquer questão em que seja possível mais de uma resposta³⁷. Por outro lado, aponta-se que o conceito de tópico utilizado por Viehweg não é correto, pois é utilizado em diversos sentidos: como equivalente de argumento, como ponto de referência para a derivação de argumentos, como formas argumentativas³⁸.

Sobre ingenuidade e superficialidade, Atienza contrapõe o modelo Viehweg pois o considera indubitavelmente ingênuo, já que acredita faltar no trabalho do jurista alemão a proposta de um método que permita discutir racionalmente sobre questões jurídicas ao invés de “realizar proclamações vazias sobre justiça³⁹”. É fácil perceber que uma generalização da técnica de busca de premissas traria certa incerteza jurídica, que poderia prejudicar o propósito do Direito.

Sobre a crítica à ingenuidade da Tópica Jurídica, há também o argumento de que o método tópico por si só não é capaz de explicar a argumentação jurídica visto que permanece na estrutura meramente retórica ou superficial dos argumentos, afastando-se do nível da aplicação do Direito. A partir desta visão crítica, a Tópica se limitaria a propor um catálogo de tópicos ou premissas que seriam utilizadas na argumentação, porém não proporcionaria uma resposta à questão principal, que não é outra senão a da racionalidade da decisão jurídica. Esta foi a questão que mais preocupou Vallet no sentido de pensar que o julgamento tópico poderia se tornar um jogo retórico, movimentando-se entre um catálogo de tópicos e conclusões analógicas⁴⁰.

Viehweg argumenta que a legitimação dos tópicos depende da subordinação à autoridade, no entanto, aqui surge uma certa dificuldade no que se refere a ordem de precedência na Tópica, do seu catálogo de tópicos e em relação a identidade dos juristas que os enunciam. Se os tópicos são legitimados quando aceitos por notáveis, assume-se que há uma hierarquia que a eles ordena. O jusfilósofo alemão não especifica como foi estabelecida histórica e hierarquicamente tal legitimação e com base em qual autoridade se determinou seu reconhecimento. Ademais, quando houver uma contradição de tópicos, as partes envolvidas no litígio, invocarão o que melhor se adegue ao seu direito e ambos os tópicos sendo válidos e razoáveis, podem levar a soluções justas, mas divergentes.

Não há dúvidas de que a questão da legitimação é uma das mais controvertidas levantadas contra a Tópica. Na verdade, Garcia Amado aponta que a legitimidade dos tópicos se encontra no consenso e mesmo que ele não garanta de forma absoluta a racionalidade da decisão sobre o problema, tem o potencial de garantir um certo nível de segurança jurídica, vez que as premissas da discussão se legitimam devido a aceitação do interlocutor sem levar diretamente à conclusão final⁴¹. Cícero já advertia que a fase inventiva ou *ars inveniendi* é

³⁷ AMADO, Juan Antonio Garcia, op. cit. p. 114.

³⁸ AMADO, Juan Antonio Garcia. op. cit p. 135.

³⁹ ATIENZA, Manuel, op. cit. p. 60.

⁴⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. La jurisprudencia y su relación con la tónica en la concepción de Giambattista Vico. *Revista de Estudios Políticos*, n. 206-207, 1976. p. 77-136.

⁴¹ AMADO, Juan Antonio Garcia, op. cit. p. 341.

seguida pela fase dialética ou *ars iudicandi*, processo seletivo e argumentativo que se desenvolve sistematicamente para encontrar a opção mais justa ao invés da formalmente correta.

Por sua vez, na cultura jurídica atual, os sistemas jurídicos positivos se legitimam cada vez mais pela referência da ideia de vontade geral expressa pelo poder legislativo. Theodor não se atem ao direito político ou constitucional, mas nota-se o interesse da Tópica, mesmo que de forma implícita, em proporcionar o desenvolvimento normativo exigido pelos regimes constitucionais.

A imprecisão e a indeterminação de diversos preceitos constitucionais fazem com que os conceitos controvertidos devam ser completados e teorizados pela jurisdição ordinária e, em última instância, por um Tribunal Constitucional. É por essa razão que para que uma Constituição aberta se desenvolva normativamente por meio de acordos incompletamente teorizados por abstração, o legislador deve articular um método tópico implícito dentro do sistema através de procedimentos deliberativos e argumentativos presentes na estrutura institucional previstos pelo próprio texto constitucional. Nesse sentido, a Tópica como método do pensamento problemático oferece sem dúvida uma base para o debate, interpretação e solução de das controvérsias constitucionais.

2.4 Importância da Tópica de Viehweg no Direito contemporâneo

Apesar das críticas apontadas por Manuel Atienza e Claus-Wilhelm Canaris, ambos entendem que a teoria proposta por Theodor Viehweg possui sua importância, pois representa uma maneira de raciocinar sobre os locais do direito onde não são viáveis fundamentações conclusivas, além de abordar no sistema jurídico características que permanecem indeterminadas diante de uma vertente unicamente lógica. Ou seja, mesmo não tendo desenvolvido uma teoria, em sentido estrito, Viehweg conseguiu criar um vasto campo para a investigação científica⁴². Canaris afirma que o trabalho de Theodor foi “estímulo provocatório” para novos estudos neste campo do Direito⁴³.

Atienza lembra que aqueles que mantiveram o tipo de raciocínio proposto por Viehweg puderam melhorá-lo e introduzi-lo em autênticas teorias da argumentação jurídica. Como exemplo, Ballweg, Rodingen, que utilizaram este campo aberto pelo jurista alemão para o desenvolvimento de suas teses. Em comum, todos almejavam a valorização do aspecto pragmático da linguagem, maior destaque no que se refere à relação entre argumentação jurídica e direito, e a crítica à ontologização, originadora de um entendimento ingênuo da linguagem.

Atienza acrescenta que a dimensão direcionada pela lógica perpetuou-se por meio de concepções da argumentação jurídica feitas nos últimos tempos e que foram capazes de obter uma considerável importância prática, em especial, no que se refere à criação de programas que reproduzem maneiras características de raciocinar de um profissional do direito. Quanto ao sistema, foi útil a manutenção da forma de pensar tópica no desenvolvimento de uma base de dados flexíveis, alterável sem maiores dificuldades. No que se refere aos fundamentos da decisão, o sistema seria o responsável por fornecê-las com regras inferenciais não apenas de domínio público (lei, jurisprudência, decretos) como também através de regras de

⁴² ATIENZA, Manuel, op. cit. p. 42.

⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm, op. cit. p. 244.

experiência”, sem caráter público, construindo uma heurística jurídica – regras as quais os especialistas socorrem-se quando parece ser impossível chegar à resposta do problema sob análise por meio do procedimento lógico⁴⁴.

Canaris entende que a Tópica tem uma função a desempenhar na Ciência do Direito: garantir a concretização de “valorações jurídico-positivas” em duas situações. As normas apenas podem ser preenchidas pelo próprio decisor, no ato de julgamento, permitindo que caracteres valorativos sejam inseridos e noções socialmente aceitas de justiça. A primeira hipótese em que a utilização da Tópica é apropriada se relaciona a situações em que são identificadas lacunas, ausência de Lei relacionada ao problema proposto. A segunda, “cláusulas gerais carecidas de preenchimento com valorações”; o juiz depois de testar vários *tópoi*, faria ponderações, podendo discricionariamente escolher uma posição justa⁴⁵.

É indubitável que a proposta de estudo da Tópica apresentado por Viehweg possui relevante destaque para o direito moderno. O novo desejo de investigar os conhecimentos sobre retórica funda-se na pretensão de tornar compreensiva a argumentação a partir da situação em análise. O próprio jusfilósofo, assim, ao avaliar os efeitos do seu estilo retórico na *práxis* jurídica, admite que a Tópica pode ser vista como um modo “situacional” de pensar o Direito. Considerando as especificidades concretas do caso, e destacando-se pela importância dada ao fator pragmático da linguagem normativa, considerado como meio capaz de solucionar imprecisões. Em oposição, encontra-se o modo “não-situacional”, caracterizado pela concepção silogística do raciocínio jurídico sistemático⁴⁶.

Theodor entende que a lógica não deve ocupar um plano principal no cenário jurídico, pois a Tópica está presente em todos os lugares, e a categoria do sistema dedutivo se mostra como inadequada, praticamente como algo que impede a visão. “O centro de gravidade das operações reside claramente, de modo predominante, na interpretação em sentido amplo e, por isso, na invenção⁴⁷”.

O grande objetivo de Viehweg ao trabalhar modernamente a discussão acerca dos fundamentos do modelo jurídico vigente é a resolução de problemas de ordem social. Noções basilares como interesse público; vontade contratual, autonomia de vontade, apesar de que em uma análise inicial apresentem um sentido vago, ao serem aplicadas ao caso concreto, representam a diminuição de uma importante aporia jurídica: o ideário de justiça⁴⁸. Pensar o Direito como um fenômeno situacional seria fundamental para veicular a ele um conceito de justiça capaz de se alterar espacial e temporalmente, permitindo renovação e atualização constante.

Karl Engisch, ao analisar a tópica viehwegiana, salienta a importância de, no processo decisório, serem considerados “fatores de vida”, elementos situacionais de destaque na interpretação, entendimento e aplicação do Direito, amenizando a tomada de decisões baseadas na autoridade ou em interesses particulares, criadas muitas das vezes pelo próprio legislador, prejudicando uma concepção geral de justiça. O autor destaca o aumento de situações, nos

⁴⁴ ATIENZA, Manuel, op. cit. p. 42.

⁴⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm, op. cit. p. 269.

⁴⁶ VIEHWEG, Theodor, op. cit. p. 101.

⁴⁷ VIEHWEG, Theodor, op. cit. p. 84.

⁴⁸ VIEHWEG, Theodor, op. cit. p. 03.

últimos anos, de “casos-limítrofe”, ou seja, aqueles em que a decisão não pode ser feita exclusivamente a partir da Lei. Defende, então, que seja adotada uma forma de pensar que priorize a consideração do problema ante a lógica sistêmica⁴⁹.

Gilmar Ferreira Mendes afirma que o método tópico como mecanismo orientado para evitar o *non liquet*, se constitui em instrumento que tem a capacidade de transformar a Constituição em um “processo aberto de argumentação”, em que todos aqueles que operem o texto constitucional participariam. As disputas políticas se transformariam em “conflitos de interpretação”, o que protegeria a Constituição de autoritarismos, pois todos os decisores estariam igualmente legitimados para elaborar parecer pessoal e político do resultado interpretativo⁵⁰.

Paulo Bonavides leciona que a Tópica foi capaz de renovar a concepção contemporânea da hermenêutica. A ruína do positivismo racionalista tornou necessário o ressurgimento do estilo de pensamento por *tópoi* sendo atribuído a ele a importância de método, capaz de se afastar dos modelos clássicos de “interpretação objetiva”. Ehmke desempenhou papel fundamental para que as ideias na matéria fossem absorvidas, especialmente, ao classificar a Tópica como “instrumento volativo”, que se relaciona à vontade, em oposição aos “instrumentos cognitivos, típicos da inquirição cognitiva⁵¹.

Paulo Bonavides identifica que os métodos clássicos de interpretação teriam dificuldade em acomodar-se ao seu objeto - a Constituição - devido a fraca consideração de valores políticos, nela contidos. A Tópica teria no texto constitucional seu campo ideal, por representar na sociedade moderna uma estrutura de conteúdo aberto e indeterminado, que pode ter uma interpretação aberta, que destacasse a situação, o problema do caso concreto. O método tópico seria o responsável por levar o sistema, as normas, os métodos clássicos à categoria de *tópoi*, sem ignorá-los, mas também sem priorizá-los no ato decisório, o que levaria a uma politização valorativa do texto constitucional⁵².

■ CONCLUSÃO

Um dos mais relevantes debates da filosofia jurídica se refere à consideração do direito como uma ciência. Nesse sentido, diversos autores modernos debateram acerca da adequação de métodos lógico-jurídicos formalistas para fundamentar cientificamente o direito sob um sistema fechado e axiomáticamente fechado. Dentre os teóricos que se opuseram a esta ilusão de certeza e aplicabilidade mecânica do direito, destaca-se o pensador alemão Theodor Viehweg, que em sua obra “Tópica e Jurisprudência” lançou as bases para o desenvolvimento de diferentes correntes de argumentação jurídica na Europa. O autor redescobriu a Tópica, ligada à retórica, como a arte de descobrir argumentos e debater questões basicamente problemáticas.

⁴⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 377-379.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123- 124.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 488-491.

⁵² BONAVIDES, Paulo, op. cit. p. 494.

Este trabalho buscou defender que Viehweg tem uma contribuição que merece ser destacada por seu esforço na tentativa de reabilitar uma racionalidade prática, pois a preocupação com o problema do método jurídico é constante em sua obra. Ressalta-se que o pensamento do autor não deve ser visto meramente como retórico, vez que sua obra é uma tentativa de projetar um conjunto de princípios sobre os tópicos argumentativos da ciência jurídica que derivam de fontes clássicas greco-romanas.

Durante seu trabalho, nota-se que o pensador enfatiza um problema central no Direito que sempre permanece intacto, uma “aporia fundamental” que se resume a “saber o que é certo o tempo todo aqui e agora”. Theodor explica a questão da seguinte maneira: se toda a estrutura jurídica se explica em razão da necessidade de se resolver problemas, ou seja, casos concretos, então a estrutura da jurisprudência só pode estar determinada por esse problema. Dessa forma, seus elementos constituintes permanecerão ligados ao problema de uma forma específica e só poderão ser compreendidos e resolvidos com base no problema.

Destaca-se a importância da obra de Viehweg para o estudo da Tópica e sua utilização como instrumento jurídico frente aos exageros racionalistas, positivistas, dogmáticos e formalistas. Assim como grande parte dos autores como Manuel Atienza⁵³, entende-se que um dos maiores méritos do jusfilósofo alemão não foi a construção de uma teoria, e sim a abertura de um novo campo para a investigação jurídica. A Teoria é um apelo contra a rigidez da sistematização do raciocínio jurídico moderno.

Essa rigidez acabou por internalizar seu objetivo no sentido clássico - a aporia fundamental da busca do direito como o justo (aqui e agora) – em favor dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, princípios informadores do ordenamento jurídico que são próprios de uma visão racionalista e positivista do direito baseado em um modelo axiomático-dedutivo. Dessa forma, o uso da Tópica pode neutralizar alguns de seus efeitos e deficiências. Destaca-se aqui o empenho de Viehweg em melhorar o Direito e a forma de pensá-lo e aplicá-lo.

Com a leitura de “Tópica e Jurisprudência”, percebe-se que ela é uma investigação que não é propriamente histórica, mas sobretudo de fundamentos, valorizando uma perspectiva poucas vezes analisada pelos teóricos modernos do Direito. Viehweg acredita que a jurisprudência não é e nem deve ser uma ciência no sentido físico-natural e que tal característica não diminui sua natureza científica. Portanto, no Direito não se pode falar em certo ou errado, como nas ciências exatas, e sim em justo ou injusto, razoável ou irrazoável. As decisões ou conclusões devem ser baseadas em determinados enunciados, aceitos como válidos e capazes de servir ao propósito fim do Direito, ou seja, a solução justa.

Como foi abordado, a Tópica é uma técnica de pensamento que possui como fim a resolução de um problema (aporia fundamental do que é justo “aqui e agora”), a análise das diferentes formas de solução (*tópoi*) e como base para a legitimação através do reconhecimento geral com base no senso comum. No entanto, Viehweg não almeja apresentar a Tópica como um método fechado e imóvel. Se, o Direito existe em função do problema que deve resolver, a Tópica deve ser flexível e integradora, na tentativa de orientar o sistema até o problema, ou a resposta à pergunta nos termos do binômio cinético-dogmática presente na Ciência do Direito.

⁵³ ATIENZA, *ob. cit.*, p. 63.

O autor é claro em afirmar que, apesar de sua postura acrítica, a dogmática jurídica é racional dentro dos limites representados pelas premissas do sistema, pois não se deve esquecer que na dogmática jurídica não se encontra uma crítica aos fundamentos da norma, mas não uma renúncia aos métodos desenvolvidos pela ciência jurídica que tem função de desenvolver e ampliar, por assim dizer, o conteúdo próprio do próprio sistema dogmático-jurídico.

A Tópica, no entanto, não rompe com o método sistemático porque não nega a existência de um legislador, normas positivas, precedentes judiciais e uma dogmática que ajuda a conhecê-los e entendê-los. Ela não se opõe à sistemática jurídica como tal e sim a uma sistemática fechada, de tal forma que não abdica de visões abrangentes, o que ocorre é que as procura por meio de uma viva abertura argumentativa e não por meio de uma dedução fechada. Ela coloca em jogo princípios por meio dos quais dá razão ao particular e dessa forma alcança sínteses frutíferas que possuem valor geral.

A busca pela verdade não pertence ao direito e sim à filosofia, mas isso não significa que o jurista pode realizar julgamentos relativistas ou arbitrários, pois seus efeitos seriam inadmissíveis por motivos de justiça e de segurança jurídica. O Direito se encontra no campo do razoável, não no da certeza, compreendendo-se que as normas jurídicas não são mais do que estimativas do legislador sobre o que é justo em um determinado momento. Por isso, a função da Tópica é procurar proposições normativas razoáveis para que a decisão seja justa.

Observa-se também que o pensamento problemático não modifica o sistema de fontes do Direito. Os tópicos são pontos de vista, sinais pragmáticos que se referem a um determinado contexto, mas não podem substituir a norma legal. Entende-se, assim como García de Enterría⁵⁴, que os tópicos agem como princípios gerais do direito: os *tópoi* em que se concentram a experiência jurídica devem ser normalmente os pontos de condensação do mundo de valores superiores que vivem no Direito, que se formam não de forma abstrata, distante de preceitos ou de diretivas, mas em princípios do Direito perfeitamente singulares e específicos, que operam em situações problemáticas concretas. São verdadeiramente princípios em sentido ontológico que informam a instituição em que se manifestam e não apenas regras heurísticas.

Dessa forma, o pensamento problemático não nega a ideia de sistema, porém age como um contrapeso à aplicação rígida e inflexível do Direito. Seu renascimento poderia corrigir o desvio do método sistemático em um Estado de Direito cada vez mais normativista e intervencionista ajudando na flexibilização da tarefa do juiz, ampliando seu horizonte interpretativo na busca por soluções justas e razoáveis. Viehweg não contrapõe tópica-sistema ou tópica-lógica, o fato dele criticar ou refutar os excessos do sistema jurídico axiomático-dedutivo não significa dizer que o direito deva prescindir de uma lógica dedutiva.

Assim como Vallet, compreende-se que o Direito é algo inseparável da vida, enquanto uma abstração que não se pode deduzir com exatidão matemática a não ser em conclusões igualmente abstratas, afastadas de quaisquer circunstâncias e das quais, normalmente, o caso julgado estará à margem, pois não possui certeza lógico-formal. Consequentemente, uma extensão tópica que considere os critérios de justiça (que exigem a ponderação de princípios,

⁵⁴ GARCIA DE ENTERRÍA; Eduardo. Prólogo. IN: Viehweg, Theodor. *Topica y Jurisprudencia*. Tradução de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon, *Topic und Jurisprudenz*. Madrid: Taurus, 1964. p. 52.

normas e circunstâncias, argumentos e soluções) contribuirá para que o Direito seja mais aberto, mais vivo e justo.

As palavras que compõem as leis podem ter diferentes significados, mas ao se considerar apenas um deles para a construção do axioma, se elimina múltiplas conexões de problemas. Por isso, o pensamento lógico-axiomático não cumpre perfeitamente a missão do Direito (dizer o que é justo aqui e agora) se não proceder, em última instância, de forma tópica.

Todo processo tem origem em uma controvérsia e deve ser concluído por meio de uma sentença sob pretexto de silogismo. A principal premissa em qualquer caso não é dada, sendo necessário buscá-la, inventá-la, escolhê-la dentre as mais plurais fórmulas. Em qualquer processo não se invocam apenas normas positivas, mas também princípios gerais do direito, precedentes judiciais, equidade, oportunidade, ou seja, fatores que os juízes levam em conta para solucionar a controvérsia jurídica que origina o processo. As partes utilizam da arte da argumentação para refutar as razões contrárias aos seus interesses, demonstrando sua irrelevância para o caso concreto, desacreditando provas na tentativa de fazer prevalecer sua própria tese.

No final, a vitória será daquele que melhor encontrar apoio para sua causa em lugares comuns mais arraigados no Tribunal, por meio da argumentação mais convincente, persuasiva. A solução dada não será a mais verdadeira e sim a mais oportuna, razoável e aceitável, a que possui mais adesões. Por isso, uma decisão jurídica não pode ser verdadeira ou falsa, e sim justa ou injusta, razoável ou irrazoável, o instrumento intelectual que os juristas precisam não é a demonstração científica marcada por uma lógica formal e sim uma racionalidade prática do método tópico.

Por fim, concorda-se com a opinião de Figa Faura de que Viehweg não oferece em seu trabalho nenhuma metodologia original e sim se limita a descrever o que os juristas fazem e tem feito sempre. O pensador devolve aos juristas sua fé, sua confiança em seu trabalho confuso, imprevisível, intuitivo, amorfo e irracional, e assim permite aos juristas que levantem a sua cabeça diante dos estudiosos das ciências naturais.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ADEODATO, João Maurício. Uma crítica retórica a retórica de Aristóteles. In: ADEODATO, João Maurício (org.) *A Retórica de Aristóteles e o Direito – Bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica*. Curitiba: Editora CRV, 2014.

AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorías de la tópica jurídica*. Madri: Civitas, 1988.

AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorias de la Tópica Jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

ARISTÓTELES, *Tópica*, I, 100b.

- ARISTOTLE. Rhetoric. I, 3, 1358a-1358b. *The works of Aristotle*, trad. W. Rhys Roberts, Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 8, p. 598.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2. ed. São Paulo: Landy editora, 2002.
- BERTI, Enrico. *As Razões de Aristóteles*. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.
- CÍCERO. *Tópica*. Tradução e apresentação por H. M. Hubbell. Cambridge/London: Harvard University Press, 1993 (Loeb Classical Library).
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GARCIA DE ENTERRÍA; Eduardo. Prólogo. IN: Viehweg, Theodor. *Topica y Jurisprudencia*. Tradução de Luis Diez-Picazo Ponce de Leon, *Topic und Jurisprudenz*. Madrid: Taurus, 1964.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- KENEDY, George. *A new history of classical rethoric*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.
- KENEDY, George. Cicero's Oratorical and Rhetorical Legacy. In: MAY, James M. *Brill's Companion to Cicero: Oratory and Rhetoric*. Leiden; Boston; Köln: Brill, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 26. ed. São Paulo: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982805/>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- PIRES, Luis Manoel Fonseca. *Interpretação jurídica: Do dogma da completude ao sistema aberto*. Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil. v. 1. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018.
- SILVA, Christiani Margareth de Menezes e. O conceito de doxa (opinião) em Aristóteles. *Linha D'Água*, 29(2), 43-67, 2016. Disponível em: [https://www.revistas.usp.br/linhadagua/article/view/119999#:~:text=A%20no%C3%A7%C3%A3o%20de%20doxa%20\(opini%C3%A3o,ou%20a%20passionalidade%20dos%20sujeitos](https://www.revistas.usp.br/linhadagua/article/view/119999#:~:text=A%20no%C3%A7%C3%A3o%20de%20doxa%20(opini%C3%A3o,ou%20a%20passionalidade%20dos%20sujeitos).
- SPRANZI, Marta. *The art of dialectic between Dialogue and Rhetoric: The Aristotelian Tradition*. Amsterdam; Filadélfia: John Benjamins, 2011.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. La jurisprudencia y su relación con la tónica en la concepción de Giambattista Vico. *Revista de Estudios Políticos*, n. 206-207, 1976.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. 4. ed. Noeses: São Paulo, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994.