

Poderio da tóptica jurídica promove crise na teoria das fontes do Direito

08/06/2015



Quando falamos em Estado de Direito, uma primeira lição básica

deve surgir na mente: a substituição da vontade do rei pelas determinações da lei significa que o Direito — representado primeiramente pela Lei Fundamental (Constituição) — está acima da vontade dos homens, aprisionando e impondo limites à política ordinária.

Por óbvio, em situações de extrema ineficácia e falta de legitimidade, a democracia constituinte pode/deve revolucionar as estruturas jurídicas e criar um novo Direito. No entanto, é justamente essa exceção que confirma a regra: uma das maiores conquistas da modernidade — o Império da Lei e o princípio da legalidade dele decorrente — significa que a realização do Direito não está mais nas mãos dos juízes e/ou do rei. Está na Constituição e, no âmbito da democracia ordinária, nas leis oriundas do Parlamento.

E é justamente para que a prioridade constitucional/legislativa se realize que a teoria das fontes estabelece parâmetros para a atuação judicial, enquanto uma primeira tentativa de evitar decisões contraditórias para casos iguais/semelhantes.

Estabelecidas essas premissas, surge uma conclusão importante: se a Constituição e a legislação perdem seu valor e permite-se que sobre ambas se diga qualquer coisa que interesse ao caso concreto — ainda que no afã de fazer justiça —, temos então elementos para constatar que a teoria das fontes e, logo, o Estado de Direito começam a ser violados. Se a violação se torna uma regra, aí a situação se agrava e voltamos ao governo dos homens e não da lei.

E é nesse rumo casuístico e tópico que, cada vez mais, a jurisprudência brasileira tem seguido, gerando julgados de todos os tipos sem ao menos se preocupar com a robustez teórica de

Theodor Viehweg, que em 1953 publicou seu clássico *Tópica e Jurisprudência*.

Nesse contexto, a coluna de hoje discute alguns fundamentos da Tópica de Viehweg para demonstrar como esse modo de pensar o Direito por problemas pode ser prejudicial à teoria das fontes e à supremacia constitucional[1].

Elementos fundamentais

A tópic jurídica pode ser vista sob três perspectivas diferentes:

- i. do objeto: é técnica do pensamento problemático, porque se relaciona com um problema, que no direito é um caso concreto que permite diferentes respostas jurídicas válidas;
- ii. do instrumento: opera a partir da noção de topos (*topoi*) ou lugar comum da argumentação, cuja natureza é de uma premissa *éndoxa*;
- iii. do tipo de atividade: é atividade de busca e exame de premissas colocadas em debate, na tentativa de obtenção de um consenso que forneça uma única resposta válida[2].

Esses três eixos não são, necessariamente, excludentes entre si, mas antes mostram pilares da teoria que, de certo modo, permitem defini-la como uma “*técnica do pensamento problemático*”, porque parte do problema, buscando solucioná-lo sem dele se desvincular, opera e se realiza através dos *topoi*, os quais são as premissas examinadas e confrontadas dialeticamente na busca de uma verdade que seja uma solução justa para o caso concreto.

Viehweg propõe que a tópic jurídica deve ser dividida em dois níveis: o primeiro deles é a tópic de primeiro grau, momento da invenção ou busca de argumentos, onde se depara com um problema e obtém-se, “*através de tentativas, pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente*”[3], que sirvam como premissas adequadas ao caso.

Para repelir a falta de segurança desse procedimento, Viehweg distingue entre *topoi* (argumentos geralmente aceitos) universalmente aplicáveis e os que são aplicáveis apenas a determinado ramo, servindo apenas para um determinado círculo de problemas.

Assim, a tópic de primeiro grau tem como diretriz a busca de pontos de vista mais específicos, aplicáveis apenas à esfera do conhecimento inerente ao problema para, ao prepará-los e organizá-los de antemão, produzir os “*catálogos de topoi*”. Em palavras mais coloquiais, nesta etapa se separam os argumentos do senso comum dos argumentos propriamente jurídicos que podem resolver um caso.

Já a tópic de segundo grau é equivalente ao momento da formação do juízo, onde se escolhe um entre os de *topoi* previamente aceitos e selecionados para realizar a dedução lógica e chegar a uma conclusão que irá solucionar o problema.

Viehweg explica que a real dimensão da tópic jurídica é compreendida quando se conjugam os dois níveis do procedimento tópico, de tal modo que ela não se confunda com a perspectiva axiomática dedutiva, porque “*o modo de buscar as premissas influi na índole das deduções e, ao*

contrário, a índole das conclusões indica a forma de buscar as premissas”[4].

Isso porque esses pontos de vista juridicamente aceitos não são concebidos previamente, de maneira abstrata e geral, no sentido de que é um único sistema que vai dar a solução de antemão, mas sim como uma pluralidade de sistemas que podem ser selecionados para alcançar a resposta almejada, cujos nexos dedutivos são de curto alcance à medida que a ordem da solução normativa está sempre por ser determinada em razão de um problema específico.

Em relação à necessidade de, entre as premissas suscitadas, propiciar uma única escolha na formação do juízo decisório, Viehweg propõe que ela (premissa) deve preencher os requisitos de racionalidade e justiça dos *topoi* a partir da teoria da argumentação, de modo que o consenso indicaria a escolha do melhor ponto de vista como solução do caso.

Não há dúvida que esse conjunto de diretrizes trouxe contribuições, mas tampouco se pode ignorar os problemas dela advindos para a teoria do direito.

Falando das contribuições, sem dispensar o conceito de sistema no Direito, Helmut Coing lembra que esse método é utilizado “na interpretação de pontos duvidosos da lei bem como na sua aplicação e formação. Também a explicação da disputa entre as partes no procedimento judicial na verdade é algo diferente de um processo de argumentação de ida e vinda, no qual são apresentados ao juiz os argumentos relevantes de natureza fática e jurídica, para a decisão do caso”[5].

Mais comedido, Karl Larenz admite que “o livro de Viehweg suscitou um interesse pouco habitual. Não pode, efectivamente, negar-se que os juristas argumentam, por várias vias, *tematicamente*, por exemplo nas audiências de julgamento”. No entanto, esse mesmo autor lembra que, na motivação da sentença, é preciso um processo intelectual ordenado, mantendo a coerência no conteúdo e a consistência lógica, de modo que “o apelo à tópica seria de reduzida valia”[6].

Ora, duas ideias fundamentais da tópica tiveram grande importância nas teorias jurídicas contemporâneas: a ênfase no caso concreto (problema) e o debate sobre a natureza das premissas jurídicas, não mais vistas como verdades, mas como pontos de vista ou argumentos que, uma vez postos à prova, são fontes de sustentação da decisão judicial.

Nessa perspectiva, o direito passaria a ser pensado de maneira atrelada à realidade social, com o dever de justiça e exigência de uma fundamentação argumentativa, e não mais de maneira axiomática, fria e distante do ‘ser’.

Não à toa, Paulo Bonavides entende que a Constituição aberta representa o campo ideal da intervenção do método tópico, justamente por contemplar o aspecto material e os valores pluralistas de uma sociedade dinâmica[7].

Contudo, o próprio Bonavides admite que a tópica de Viehweg deve ser compreendida nos quadros da reação ao positivismo e racionalismo jurídico e que, se levada às últimas consequências, pode ter efeitos ruinosos para a normatividade constitucional[8], atingindo principalmente a Constituição formal.

Isso porque, enquanto teoria para a compreensão do fenômeno jurídico e de sua aplicação, a tópica se mostra insuficiente e deveras imprecisa, notadamente quando se pensa na busca de critérios racionais de julgamento e efetivação de certa ordem constitucional, sendo neste sentido grande parte das críticas proveniente da doutrina mais abalizada.

Também Garcia Amado entende que em função da indefinição e generalidade abstrata de seu objeto, de seus objetivos e de sua terminologia, a tópica jurídica se apresenta como uma explicação parcial de diversas atividades jurídicas (aplicação do direito, interpretação dos fatos, tentativa de evitar colisões), sem fornecer uma explicação convincente em nenhuma delas[9].

Em sentido semelhante, Atienza oferta uma crítica contundente ao entender que Viehweg exagera na oposição entre pensamento tópico e sistemático, além do que praticamente todas as noções básicas da tópica são imprecisas e até mesmo equívocas[10].

Tal crítica se inicia com a pluralidade de concepções do conceito de tópica jurídica, passa pela noção de problema, visto como de restrita utilidade para o direito, mas atinge principalmente a definição de *topoi*, uma vez que não é possível apreender se ele é equivalente a argumento, se é ponto de referência para a obtenção de argumentos, se é enunciado de conteúdo ou ainda forma argumentativa.

O próprio Viehweg admite que não há uniformidade em todos os '*catálogos de topoi*' manejados pelos estudiosos ao longo dos séculos, na medida em que os tópicos (como argumentos utilizados na solução de problemas jurídicos ou cânones de interpretação) ganham sentido apenas a partir do problema e da realidade histórica em que está inserido, mesmo porque sua definição é imprecisa.

Tamanha é a imprecisão que Tércio Sampaio Ferraz Jr arrisca a seguinte aproximação do que seriam os *topoi* jurídicos:

No Direito, são *topoi*, neste sentido, noções como interesse, interesse público, boa fé, autonomia da vontade, soberania, direitos individuais, legalidade, legitimidade. Viehweg assinala que os *topois*, numa determinada cultura, constituem repertório mais ou menos organizados conforme outros *topoi*, o que permite séries de *topoi*. Assim, por exemplo, a noção de interesse permite construir uma série do tipo interesse público, privado, legítimo, protegido etc[11].

Atienza aponta, ainda, que a tópica não é uma teoria autêntica e suficiente de argumentação, propõe uma teoria ingênua de Justiça sem criar um método que permita discutir racionalmente essa questão e que não haja distinção entre sua tese prescritiva e descritiva[12].

Nesse ponto, filósofos do direito são quase unânimes em afirmar que a tópica de Viehweg se limita a investigar de maneira pouco profunda a argumentação jurídica, diminuindo a importância da lei, da dogmática jurídica e dos precedentes no raciocínio das decisões jurídicas, não admitindo critérios de hierarquia entre os *topoi*.

Desta feita, ao subestimar a ideia de sistema e assim desprezar a hierarquia normativa e a teoria das fontes do Direito, a tópica jurídica – enquanto teoria prescritiva da decisão judicial –

promove a desestruturação da ordem constitucional e prejudica a tão necessária realização do Estado Democrático de Direito.

- [1] As citações de Viehweg que seguem são todas oriundas da mesma obra: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento da imprensa nacional, 1979, p. 27. (col. Pensamento Jurídico Contemporâneo, vol. 01). p. 36 e ss.
- [2] Essa síntese é baseada nas conclusões de: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2ª ed. São Paulo: Landy editora, 2002.p. 65; GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorias de la topica jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988; ALEXI, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda HutchinsonSchild Silva, São Paulo: Landy editora, 2001.
- [3] VIEHWEG, Theodor. Op.cit, p. 36.
- [4] Id., ibid., p. 40.
- [5] COING, Helmut. COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Trad. da 5 ed. alemão por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 366-367.
- [6] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. trad. Jose Lamego. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1997, p. 204.
- [7] BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 495.
- [8] Id., ibid., p. 498.
- [9] GARCIA AMADO, Juan Antonio. Op.cit., p. 92.
- [10] ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 70 e ss.
- [11] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio In: VIEHWEG, Theodor, *Tópica e Jurisprudência*. Op.cit., p. 04.
- [12] ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 72 a 76.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-jun-08/constituicao-poder-predominio-topica-juridica-promove- crise-teoria-fontes-direito/>