

# A TÓPICA COMO METODOLOGIA ATUAL E SUA APLICAÇÃO EM DIREITO

Maria Tereza Fonseca Dias\*

*Ementa:* O afastamento do Direito da realidade social e dos imperativos da “justiça requerem algumas discussões acerca das metodologias empregadas pelo Direito, nas soluções de conflitos concretos. Este estudo procura descrever o papel das Teorias da Argumentação e entre elas, o da Tópica-retórica no âmbito da metodologia atual, sua utilização em Direito e suas possibilidades ainda não exploradas – na tentativa de equilibrar certas distorções que vem ocorrendo em decorrência de um predomínio formal-positivista em nosso pensamento jurídico

---

## Sumário

---

1. A questão da “justiça” como foco inicial. 2. O descolamento da norma da realidade social e algumas de suas razões. 3. Critérios de valoração, atividade judicativa e a Teoria da Argumentação. 4. A doutrina da Tópica Retórica. 5. Aplicação práticas da doutrina da tópica. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

## 1 A QUESTÃO DA “JUSTIÇA” COMO FOCO INICIAL

A realização da “justiça” é questão que tem atormentado os juristas ao longo dos tempos acerca das decisões tomadas pelos tribunais. A busca incessante de uma delimitação conceitual para o termo, bem como de uma possível aplicação prática aos casos concretos faz desta uma discussão sempre atual e inquiridora, consagrando um ideal a ser perseguido por aqueles que lidam com o Direito. Segundo *Larenz* “a quase totalidade dos autores envolvidos na mais recente discussão metodológica partilha a concepção

---

\* Aluna do 4º Período da Graduação em Direito na UFMG, bolsista de Iniciação Científica pelo CNPq.

de que o 'direito' tem algo que ver com a 'justiça', com a conduta socioeticamente correta".<sup>1</sup>

A questão da justiça, além disso, suscitou um dos maiores debates presentes na história da Filosofia da Ciência Jurídica e que procura inquirir "onde está o direito justo", no direito natural ou no direito positivo. Polêmica um tanto enfraquecida atualmente, pelo desenvolvimento dos estudos das correntes doutrinárias mais recentes – especialmente voltadas para o aspecto cultural do Direito – bem como da demonstração de que Positivismo e Jusnaturalismo, como duas formas diferentes de aproximar-se da experiência jurídica, segundo *Bobbio*

*"son perfectamente compatibles ya que operan sobre dos planos diversos; por un lado el de la valoración de la justicia de las leyes con miras a su reforma, por otro, el de la interpretación de las leyes con miras a una mejor sistematización teórica y, por consiguiente, una mejor aplicación práctica: en este caso la controversia entre los partidarios de una y otra posición es totalmente estéril"*.<sup>2</sup>

No entanto, o que essa dicotomia Jusnaturalismo/Positivismo mantém sempre acesa é a existência de um direito "perfeito" a ser obtido em contraponto ao que é empreendido pelos homens, ou seja, um direito ideal e um real.

Apesar de todas essas questões polêmicas – que não se encontram no caminho de uma possível solução – acreditamos ainda estar vivendo a Ciência Jurídica às voltas com o Positivismo e o Formalismo jurídicos que apregoam como fim último do Direito o império da lei: "a lei é justa porque é lei", porque passou pelos processos pré-definidos de elaboração, sendo possível visualizar-se-lhe a forma. Assim:

"Privilegiando a lei como sinônimo de ordem, consagrando o princípio do *pacta sunt servanda* e aceitando o Estado como a principal fonte de Direito, essa cultura se assenta sobre uma concepção orgânica de sociedade, segundo a qual os fenômenos econômicos e políticos devem ser analisados com vista a sua integração no funcionamento do Sistema Social globalmente considerado".<sup>3</sup>

1 LARENZ, Karl. *Metodologia na ciência do direito*. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p.143. Segundo Larenz, neste sentido podem ser citados Coing, Fikentscher, Kriele, Mayer-Maly, Pawlowski e Zippelius.

2 BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1965, p. 87.

3 FARIA, José Eduardo; LOPES, José Reinaldo de Lima. *Pela democratização do judiciário*. Rio de Janeiro: FASE / Apoio Jurídico Popular, 1987, Coleção "Seminários" n. 7, p. 11

A metodologia reinante é a do silogismo e da subsunção, sem que muitos aspectos, entre eles o do dinamismo da realidade, sejam considerados – o que pretendemos abordar mais profundamente ao longo deste artigo. Não sem razão, *Freitas* assevera que "o problema da injustiça das leis torna-se, não raro, central, mormente quando é imenso o contraste entre os valores do ordenamento jurídico positivo e o sentimento de justiça preponderante na sociedade".<sup>4</sup>

Foi sem dúvida alguma com o Culturalismo Jurídico que este confronto realidade-Direito torna-se mais concreto, uma vez que a normatividade, para essa corrente do pensamento, não pode ser estruturada sem a ingerência dos valores sociais, como o apregoa *Carlos Cossio*: "en la consideración puramente filosófica, reina hoy una unanimidad de pareceres acerca de que el Derecho es un objeto cultural"<sup>5</sup> A afirmação de que o direito não é lei, pois que a conduta esgota sua substância foi o ponto de partida para a tentativa de compreender como realidade e direito, ao contrário de se contraporem, influenciam-se mutuamente. Segundo *Larenz*, "o direito [...] é assim determinado de um modo profundo no seu conteúdo pelas relações naturais e sociais, que o ordenam ou com as quais o seu ordenamento se conexiona".<sup>6</sup>

Tendo como pano de fundo esse confronto empreendemos esta investigação acerca das possibilidades da "teoria da tópica-retórica" serem aplicadas ao Direito, de forma a considerar os diversos aspectos da realidade social que podem ou não influenciar na decisão de um caso concreto.

## 2 O DESCOLAMENTO DA NORMA DA REALIDADE SOCIAL E ALGUMAS DE SUAS RAZÕES

A necessidade de aprofundamento das discussões acerca da tópica retórica e sua aplicação em Direito, bem como das diversas metodologias atuais, surgem da constatação de que tem ocorrido um distanciamento das diretrizes normativas do conteúdo da realidade social, ou seja, o direito não tem cumprido em toda sua plenitude, a sua função social.

Essa afirmação pode ser verificada por diversas razões, entre as quais destacamos o fato de que gradativamente, menor número de pessoas recorra

4 FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: Edipucrs, 1989. p. 13.

5 COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954, p. 45.

6 LARENZ, K. *Op. cit.*, p. 154. Larenz cita Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 1982, p. 49.

à justiça, do envelhecimento de nossos principais institutos normativos, do imediatismo legislativo, e da chamada inflação legislativa. Algumas outras razões, podem também ser apontadas, como o dinamismo da realidade frente ao estaticismo do direito, a ocorrência de métodos de interpretação inadequados decorrentes do domínio positivista e formalista do campo jurisdicional, bem como do desenvolvimento constante dos estudos demonstrando e comprovando a tensão existente entre validade e eficácia do Direito.

A aplicação do direito e a obtenção da justiça não requerem apenas uma intensa atividade legislativa que busque os anseios da comunidade ou mesmo de um direito composto por um conjunto de normas altamente justas e infinitamente completas, que fossem capazes de abarcar todas as condutas possíveis (ou qualquer que seja a visualização concreta do Direito que se busca alcançar). A justiça exige que o direito não apenas exista, mas seja utilizado. Isso requer meios materiais e institucionais indispensáveis: juízes, promotores, advogados, etc. Tudo isso envolto na função pública estatal. Tanto a ausência dessas condições materiais, bem como a lentidão de resposta às demandas, fazem com que cada vez mais um número maior de pessoas se afaste do Direito e este da 'justiça'. Não sem razão, indagam *Faria e Lopes* ao discutirem a questão da democratização do Judiciário:

“Como é possível continuar postulando o princípio da igualdade formal perante a lei numa sociedade em que os 20% mais pobres do país detêm apenas 2% da riqueza nacional, enquanto os 20% mais ricos ficam com 68%? De que modo, no âmbito de uma formação social em que a pobreza atinge cerca de 64% a 69% da população, interpretar o princípio segundo o qual os juízes devem atender aos fins sociais e as exigências do bem comum na aplicação da lei?”<sup>7</sup>

Por outro lado, o envelhecimento de nossas principais codificações apenas demonstram que grande parte do direito em vigor foi estatuído para uma sociedade distinta da que hoje remete seus pedidos a juízo. Basta ver as épocas em que foram promulgadas algumas das codificações brasileiras: Código Comercial (1890); Código Civil (1916); Parte Especial do Código Penal (1940).

Uma das análises feitas a partir desses dados enfatiza o crescimento econômico social ocorrido pós 1960 no Brasil, de onde decorreram drásticas mudanças na sociedade brasileira, o fenômeno da urbanização, industrialização, estrutura de classes sociais e repartição da renda. Surgindo, pois,

7 FÁRIA, J. E. O; LOPES J. R. L. *Op. cit.*, p. 13

o questionamento se há compatibilidade entre o direito vigente e a sociedade atual. Para *Clève*, “... os conceitos firmados pela dogmática tradicional não conseguem se ajustar às mudanças ocorridas, causando nos juristas a sensação de mal-estar traduzida como crise, declínio, etc”<sup>8</sup>.

Quanto ao imediatismo legislativo, é muito freqüente a quantidade de vezes que uma única medida (seja esta através de lei, Medida Provisória, resolução, etc) seja editada e reeditada casuisticamente, sem uma discussão mais profunda ou realista dos temas, ficando os juristas, na maioria dos casos, sem saber se no dia seguinte ainda não foi revogada uma norma estatuída hoje mesmo e qual delas aplicar. É o que analisa o tributarista *Geraldo Ataliba*:

“Este país, cuja política é infelizmente marcada por alarmante imediatismo e por um falso pragmatismo, tem visto estas características refletirem-se no funcionamento do sistema jurídico, de modo altamente negativo. São expressões disto a legislação em geral, a doutrina e a jurisprudência. A maioria dos atos de governo é casuística. As soluções são meramente episódicas. O nosso contexto cultural somente tende a agravar as conseqüências e efeitos destes males”<sup>9</sup>.

Na realidade, o imediatismo legislativo é decorrente do que muitos autores chamam de “inflação legislativa”<sup>10</sup> e que consiste, sumariamente, no aumento exagerado da produção legislativa, de maneira casuística. As regras são produzidas seguindo padrões técnicos, sem a observância adequada de seu conteúdo, acabando por refletirem-se numa ação inútil, ou pelo menos, desnecessária. É o que analisa *Rogério Soares*:

“... a necessidade duma legislação de urgência que responda às transformações rápidas do ser social, vai corromper o próprio conceito de lei, pois que ela em grande número de casos acaba por reduzir-se a medidas econômicas de duração limitada. Em vez de uma norma solenemente afirmada para, em circunstâncias excepcionais de sacralidade, regular a conduta dos homens, encontramos uma multi-

8 CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.

9 DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: RT, 1988, p.7 - Prefácio, de *Geraldo Ataliba*.

10 CLÉVE, C. *Op.cit.*, p. 54. Segundo *Clève* a expressão é de *Carnellutti*. Entre nós, utiliza-a *Eros Roberto Grau* e outros. (v. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1990. p. 35.)

dão de princípios-regras que exprimem a motorização do legislativo, com o inevitável efeito de uma inflação legislativa”.<sup>11</sup>

Segundo *Cléve*, esse fenômeno ocorreu com o advento do Estado Social, quando o número de leis aumentou em decorrência da diversidade de novas funções assumidas pelo Estado e a emergência da sociedade técnica. A sociedade técnica trouxe uma certa aceleração do tempo, esta passou a exigir respostas prontas e rápidas para questões não poucas vezes novas e particularizadas.

A inadequação dos métodos de interpretação constantemente presentes na discussão das questões metodológicas atuais e que movimentam o campo científico do direito, faz com que, muitas vezes, o apego às leis desconsidere muitos aspectos da realidade. “... A lógica formal subsuntiva não dá conta do fenômeno jurídico, dado que, na decisão jurídica, penetram, inevitavelmente, princípios que, para os formalistas, são considerados ‘extralógicos’, tais como o sentimento de justiça, o ‘espírito das leis’, etc”.<sup>12</sup> A hermenêutica clássica, através de seus métodos, especialmente baseada no direito legislado, procura garantir, como fins últimos do direito é da justiça, a segurança e a certeza jurídicas, ainda que tragam a justificativa de uma injustiça menor para evitar a maior. “Não há, em essência, injustiça que se justifique, nem há injustiça maior ou menor, pois a ‘intensidade’ da mesma é sempre e em todos os casos subjetiva e variável [...] o correto é sustentar que a lei, quando rechaçada pela maioria da população, sobretudo pelos espíritos mais desinteressados, é a tal ponto despótica que falecem seus atributos de lei ou se os infirmam parcialmente, por não conseguir ser uma imagem física da lei social”.<sup>13</sup>

Os problemas apresentados, e que não se resumem apenas nestes, acreditamos estarem relacionados à problemática do distanciamento entre o direito e a sociedade para o qual foi criado, de forma a desincompatibilizar o “dever ser” jurídico do social. Desta maneira, não poderíamos deixar de citar *Reale*, ao prefaciá-la recente obra que procura discutir as fontes do direito: “Num país como o nosso, então, onde se avolumam a pressão violenta das carências sociais e econômicas, parece-me inadmissível uma Ciência Jurídica que não leve em conta toda a dramaticidade da vida comunitária e dos imperativos de seu desenvolvimento”.<sup>14</sup>

11 *Idem*, p. 53. O autor cita Rogério Guilherme Ehrhardt Soares (*Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântida 1969, p. 59).

12 FREITAS, J. *Op. cit.*, p. 20.

13 *Ibidem* p. 13.

14 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. XVII.

Não é demais ressaltar que não estamos aqui calcados num “determinismo sociológico”, não queremos fazer do Direito um mero capítulo da Sociologia. “Desnecessário é encarecer a importância da Sociologia do Direito para o jurista ou para o legislador. Se ela não tem finalidade normativa, no sentido de instaurar modelos de organização e de conduta, as suas conclusões são indispensáveis a quem tenha a missão de modelar os comportamentos humanos, para considerá-los lícitos ou ilícitos.”<sup>15</sup>

Também não pretendemos minar a crença na lei e no parlamento. Deve a Ciência do Direito operar com um mínimo de previsibilidade, apenas não de maneira absoluta, de forma a tornar a certeza jurídica em instrumento de arbitrariedade e opressão.

Devemos, pois, lembrar *Kriele* quando afirma que “as leis têm de ser interpretadas e complementadas à luz do que é reconhecido como eticamente justo, [...] ao menos no Estado democrático deve estar subjacente a intenção de racionalidade e de justiça.”<sup>16</sup>

### 3 CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO, ATIVIDADE JUDICATIVA E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

A análise do que tem ocorrido na prática do Direito requer, não apenas a descrição e fundamentação das questões de fato, mas como tem a Ciência do Direito vislumbrado o que foi anteriormente descrito e as perspectivas para a atenuação de tais distorções. A evolução das concepções jurídico-filosóficas demonstram a preocupação da Ciência Jurídica em indicar a origem da normatividade e a metodologia adequada a aplicação desta aos casos concretos, de forma a conformar o Direito e a Realidade Social – razão pela qual as discussões metodológicas atuais, e entre elas a Teoria da Argumentação (onde está inserida a Tópica Retórica), encontram um campo vastíssimo de exploração: “a passagem a uma jurisprudência de valoração, a crítica ao modelo de subsunção e por último a preponderância da ‘justiça’ ao caso, bem como do procedimento ‘argumentativo’ levaram a uma renovada discussão da possibilidade e utilidade da construção do sistema na ciência do Direito”.<sup>17</sup>

A Teoria da Argumentação procura trazer ao campo filosófico-jurídico as discussões acerca da retórica aristotélica (especialmente na tópica), aproximando a Técnica jurídica do discurso da moderna teoria da lingua-

15 REALE, M. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 20.

16 LARENZ, K. *Op. cit.*, p. 174

17 *Ibidem*, p. 146.

gem, uma vez que não há como desvincular o direito dos meios de comunicação que lhe circundam.

Em sua origem “A ‘argumentatio’ também chamada ‘probatio’ (Quintiliano) e ‘confirmatio’ (Cícero) era conhecida, desde a Antigüidade, como uma das partes da arte retórica e, dentre elas, a mais importante, pois se destinava a produzir a credibilidade dos pontos-de-vista arrolados”.<sup>18</sup>

Não há dúvida quanto a utilização do procedimento argumentativo na dogmática jurídica: ao solucionar conflitos, busca a técnica jurídica operar por meio de argumentos, alegações, questionamentos sucessivos de forma a trabalhar alternativas incompatíveis que pedem uma decisão. E uma decisão pode ser definida, sobretudo, como um ato de comunicação: “Quem decide, ou quem colabora para a tomada de decisão apela ao atendimento de outrem: o fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação”.<sup>19</sup>

O que mais tem acirrado as posições doutrinárias acerca da Teoria da Argumentação, é sem dúvida, o campo de aplicação da mesma, em conformidade com a consideração de que o Direito é um sistema ordenado: devem ser considerados apenas os aspectos internos do sistema, que emergem do sistema para o seu meio circundante ou podem tomar parte do procedimento argumentativo aspectos externos do sistema, extra-jurídicos, que emergem do meio circundante e repercutem no sistema?

Partidário da primeira postura (ainda que não pertencente ao rol de teóricos da Argumentação), contemporâneo e anti-positivista, é *Ronald Dworkin*, que acredita que as soluções de um caso concreto, ainda que definido como “caso difícil”,<sup>20</sup> ou existam lacunas e antinomias no ordenamento jurídico, podem ser solucionados através de princípios e diretrizes emergentes do próprio sistema, uma vez que, as próprias normas aplicáveis aos casos concretos fundam-se sobre princípios e diretrizes emergentes do sistema. Critica, por outro lado, a cisão dos campos da moral e do direito, operada pela Ciência Jurídica, nos últimos tempos, exaltando a necessidade de uma maior ampliação do campo jurídico, através da consideração de elementos morais objetivos. Segundo *Calsamiglia*,

“frente al positivismo Dworkin mantiene que junto a los derechos legales existen derechos morales. Los derechos juridicos y los

18 FERRAZ JUNIOR, T. S. *Op. cit.*, p. 295.

19 *Ibidem*, p. 322.

20 “Caso difícil” é definido por *Dworkin* quando “un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución”. Critica o autor as soluções dadas pelo Positivismo Jurídico ao caso difícil: poder discricionário ao juiz que passa a criar normas retroativas. *DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio.* Barcelona: Ariel, 1989, p.147

*derechos morales no pertenecen a órdenes conceptuales distintos. En caso de conflicto entre derechos morales y juridicos éstos no triunfan necesariamente sobre aquéllos*”<sup>21</sup>

Por outro lado, é também emergente a necessidade de se discutir a influência dos aspectos extraídos do meio circundante e sua repercussão no sistema jurídico.

Ao analisar a fundo a questão do julgamento dos casos concretos que vão a litígio na atividade jurisprudencial, *Larenz*<sup>22</sup> aponta uma série de fatos diante dos quais haveria necessidade de valores e critérios de valoração extra ou supra-legais que permitam fundamentar o discurso da atividade judicativa, como os seguintes:

- o juiz nem sempre conhece as valorações do legislador;
- a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais;
- há casos em que se deparam novas questões relativamente às quais não pôde o legislador ainda tomar posição;
- desaparecem os pressupostos de que partiu o legislador para efetuar a sua valoração;
- quando normas e regulações colidem entre si, sem ser possível descortinar a qual atribuiria o legislador prevalência em casos idênticos àquele que o juiz tem perante si.

Se na busca de um critério de interpretação o mais objetivo possível concluirmos que é o juiz, caso a caso, que vai apurando o conteúdo da norma, continua *Larenz*, “a pretensa supremacia da lei seria uma ilusão”.<sup>23</sup>

Por essas razões e diversas outras discussões acerca da jurisprudência de valoração, buscam-se, acima de tudo, os critérios que tornem possível a preponderância da justiça aos casos que vêm a juízo e necessitam de uma resposta do julgador – que não pode deixar de dar uma solução ao caso, sob pena de ruir a tutela jurídica à sociedade.

Lembra-nos *Reale* que

“Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou à técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes, tão forte e genera-

21 *DWORKIN, R. Op. cit.*, p. 17 – Prefácio de *A. Calsamiglia*.

22 *LARENZ, K. Op. cit.*, p. 140-141

23 *Ibidem*, p.170.

lizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do Direito, isenta de riqueza verbal, apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas”.<sup>24</sup>

A partir da Teoria da Argumentação podemos visualizar a maneira pelas quais os argumentos materiais podem inserir-se na dinâmica tanto legislativa como jurisprudencial e servir de embasamento para a solução de um caso concreto, sobretudo através da problematização de cada litígio específico.

A Teoria da Argumentação, conceituada também, como Jurisprudência Problemática<sup>25</sup> – da qual a Tópica faz parte – atualmente tem seus estudos desenvolvidos, sobretudo, (segundo Larenz), por quatro autores: *Viehweg*, com a “Tópica”, *Kriele*, com a “Teoria da Obtenção do Direito”, *Haverkate* e *Alexy* com sua “Teoria da Argumentação Jurídica”.

Apesar de suas divergências teóricas, o fio condutor dessas abordagens consiste numa crítica à metodologia clássica da subsunção e da lógica dedutiva, enfatizando que a solução de um caso concreto envolve diversas outras questões alheias ao direito legislado e que não podem deixar de serem levadas em consideração.

#### 4 A DOCTRINA DA TÓPICA RETÓRICA

Na busca de se os valores e o que é valioso são, em termos gerais, suscetíveis de reconhecimento em sentido racional, surge a tópica de *Viehweg*, que procura, em linhas gerais, rediscutir a idéia e a função dos “topoi” desde a retórica Aristotélica e sua importância atual para a Ciência do Direito. Segundo *Viehweg* “a nova inclinação para a retórica se baseia, em primeiro lugar, em tornar compreensiva toda argumentação a partir da situação discursiva”.<sup>26</sup>

O autor aponta os recentes trabalhos e a difusão do pensamento argumentativo no pensamento jusfilosófico contemporâneo, sobretudo através da tópica.<sup>27</sup>

24 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 88.

25 CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989 p. XLV da Introdução à edição portuguesa por Antônio Menezes Cordeiro.

26 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 101

27 *Op. cit.*, p. 11. No prefácio da 3ª Edição (1965) são indicados Chaim Perelman (Bruxelas) através da obra “*Nouvelle Rhetorique*” (1956); Luis Recasens Siches (México) pelo “*Parorana del Pensamiento Jurídico*” no item “Lógica del Razonable” (1963) e Julius Stone, no “*The Province and Function of Law*” (1946).

Em “Tópica e Jurisprudência”, afirma que, através da doutrina da tópica, a estrutura da Ciência do Direito não poderia ser captada com o auxílio do pensamento sistemático – referindo-se expressamente à utilização de um sistema dedutivo – o que, certamente, provocou os defensores do pensamento sistemático, daí as duras críticas constantemente feitas à tópica.

*Viehweg* define a tópica na linha de Aristóteles e dos retores como “uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Ela se desdobra numa contextura cultural que se distingue claramente nas menores particularidades de outra de tipo sistemático dedutivo”.<sup>28</sup>

O método empregado pela tópica, segundo *Viehweg*, encontra-se em dois níveis: no primeiro, mais rudimentar, lança-se mão de “pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente e que são aplicados ao problema”, que ele chama Tópica de primeiro grau, no segundo, são objetos de pesquisa “catálogos de tópicos” que se afiguram adequados a certos tipos de problemas, conceituados como Tópica de segundo grau. A aplicação do pensamento tópico em Direito possibilitaria considerar um estado de coisas de ângulos diversos, passando-se a descobrir uma trama de pontos-de-vista, não apenas calcados no Direito Positivo, uma vez que os catálogos de tópicos são construídos, tendo em vista o *common sense*.

A tópica, uma das seis obras aristotélicas que mais tarde foram incluídas no *Organon*, procura combater a “antiga arte da disputa”, que se exercia por todas as partes da Grécia Antiga, razão pela qual distinguiu a forma de pensar apodítica e dialética. A primeira é o campo da verdade, pertencente aos filósofos e o segundo, o que se manifesta como meramente oponível: “nosso trabalho, diz Aristóteles, persegue a tarefa de se encontrar um método com o qual partindo-se de proposições conforme as opiniões [...] seja possível formar raciocínios sobre todos os problemas que se possam colocar [...] e evitar as contradições, quando devemos sustentar nós mesmos um discurso”.<sup>29</sup> Segundo *Viehweg* isto constitui uma questão retórica.

Para Aristóteles, as premissas em que se baseiam o discurso fundam-se em uma opinião reconhecida: “são proposições que parecem verdadeiras a todos ou à maior parte ou aos sábios e, dentre estes também, a todos ou à maior parte ou aos mais conhecidos e famosos”.<sup>30</sup> Os *topoi*, enumerados de um modo mais ou menos completo, são os que nos podem ajudar, em relação a cada problema, a obter raciocínios dialéticos.

Cícero também trabalhou a idéia da tópica ao distinguir as partes de uma dissertação: uma a invenção, e outra, a “formação do juízo”, qualifi-

28 *Ibidem*, p. 17.

29 *Ibidem*, p. 24.

30 ARISTÓTELES. *Rethórica et poética*. Apud VIEHWEG. *Op. cit.*, p. 25.

cando esta última como dialética. Não procurou uma ordenação teórica dos *topoi*, mas sim de oferecer um catálogo ou repertório completo de *topoi* com vistas a seu aproveitamento prático.

Para *Viehweg* “Aristóteles projetou em sua tópica uma teoria da dialética, entendida como arte da discussão, para a qual ofereceu um catálogo de *topoi* estruturado de forma flexível e capaz de prestar consideráveis serviços à práxis. Isto interessou a Cícero. Este entendeu a tópica como uma *práxis da argumentação*, a qual meneja o catálogo de *topoi*, que ele esquematizou bastante”.<sup>31</sup> Assim, temos que Aristóteles tratou de formar uma teoria da tópica enquanto Cícero procurou construir um catálogo de *topoi*.

Assim, “Tópicos jurídicos serão pois argumentos utilizados na solução de problemas jurídicos, e que podem contar neste domínio com a concordância geral, o *consensus omnium*.”<sup>32</sup> Para *Ferraz Júnior* “no Direito, são *topoi*, neste sentido, noções como interesse, interesse público, boa fé, autonomia da vontade, soberania, direitos individuais, legalidade, legitimidade.”<sup>33</sup>

Outros caracteres que *Viehweg* aponta para a Tópica, segundo *Canaris*, são os seguintes:

- “a estrutura global da Ciência do Direito só pode ser determinada pelo problema;
- os elementos da Ciência do Direito, os seus conceitos e as suas proposições têm de permanecer, de modo específico, ligados ao problema e só podem, por isso, ser entendidos a partir do problema e,
- os problemas e proposições da jurisprudência só podem, também por isso, ser conduzidos a uma implicação à qual o problema se mantenha ligado. Qualquer outra [deve-se] é de evitar”.<sup>34</sup>

O problema, nesta perspectiva, é algo primeiramente dado, que atua sempre como guia. É sobre ele que recai a técnica da utilização dos *topoi* num discurso jurídico. Para o autor pode chamar-se problema “a 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”.<sup>35</sup>

31 VIEHWEG, T. *Op. cit.*, p. 26.

32 LARENZ, K. *Op. cit.*, p. 172.

33 VIEHWEG, T. *Op. cit.*, p. 4.

34 CANARIS, C. W. *Op. cit.*, p. 248 e 242.

35 VIEHWEG, T. *Op. cit.*, p. 34.

A inserção do problema dentro de um conjunto de deduções sistematizadas que segundo *Viehweg* limitam a existência de problemas, fez com que o autor se voltasse contra o pensamento sistemático. Por isso não nos surpreende “que as críticas reservadas à concepção tópico-retórica envolvam, de um ou de outro modo, a defesa da idéia de sistema no pensamento jurídico”<sup>36</sup> *Viehweg*, assim, deu ênfase ao problema, que buscaria um sistema que serviria de ajuda para encontrar a solução. São os sistemas que se inserem no problema, e não o contrário: “a tópica não pode ser entendida se não se admite a sugerida inclusão em uma ordem que está sempre por determinar, e que não é concebida como tal, qualquer que seja o modo como se a configure conceitualmente em particular”.<sup>37</sup>

Na procura das chamadas conclusões “dialéticas”, que operam sobre premissas que não podem ser estritamente comprovadas, a tópica é o processo para a obtenção das premissas. Tratam-se de proposições que têm de prestar provas perante o fórum de “todos”, o *sensus communis* ou o *common sense* através da discussão, única instância de controle (*Viehweg*).

Das críticas dirigidas à tópica a mais freqüente é a de que existe uma falta de critério na escolha dos catálogos de tópicos: estes, agrupados num repertório de pontos-de-vista “... são com freqüência contraditórios entre si e não se sabe quais recebem a primazia perante os restantes”.<sup>38</sup>

Entretanto, não podemos dizer que essa crítica seja dirigida diretamente apenas à tópica ou às teorias argumentativas, mas de maneira geral a todas as teorias metodológicas atuais, uma vez que, como dito aqui anteriormente, estão sendo discutidos quais os critérios que definem as espécies de valorações extra ou supra-legais utilizadas pela atividade jurisdicional, daí porque a tópica também deva passar por esse questionamento. Até mesmo *Dworkin* – não pertencente aos teóricos da Argumentação e que procura extrair todo o embasamento das soluções de um caso concreto do Ordenamento Jurídico através dos princípios e diretrizes presentes neste – é criticado por não apontar objetivamente a escala de princípios e sua hierarquia, na solução de um caso concreto.

É indiscutível, por outro lado, as possibilidades da utilização da tópica, sempre que faltem valorações jurídico-positivas suficientemente concretizadas. “... As normas só podem [...] ser preenchidas, em termos de conteúdo, através do juiz [...], ele fica adstrito a considerar os valores e as instituições jurídicas, culturais e sociais dominantes na comunidade jurídica em causa, o que é dizer: ele deve remeter-se ao ‘*common sense*’”.<sup>39</sup>

36 SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

37 VIEHWEG, T. *Op. cit.*, p. 36.

38 *Ibidem*, p. 258.

39 *Op. cit.*, p. 270.

## 5 APLICAÇÃO PRÁTICA DA DOCTRINA DA TÓPICA

Foi a tópica retórica empregada como marco teórico de uma pesquisa empírica de Sociologia do Direito realizada numa favela do Rio de Janeiro (chamada de Pasárgada), no início da década de setenta, pelo professor português *Boaventura de Sousa Santos*. O objetivo principal da pesquisa foi explorar, segundo o autor, “algumas vias de acesso sociológico ao discurso jurídico à luz de investigações empíricas que, por sinal, interessam também para a questão do pluralismo jurídico”.<sup>40</sup>

O autor destaca que a filosofia do direito, conforme já mencionamos anteriormente, tem reconhecido o caráter tópico-retórico do discurso e do raciocínio jurídicos.

Na teoria elaborada por *Boaventura*, a concepção tópico-retórica desempenha dois papéis primordiais:

1. uma crítica às concepções jusfilosóficas dominantes que procuraram converter a ciência jurídica à axiomática ou dogmática dentro de um sistema fechado de racionalidade técnico-jurídica;

2. uma demonstração da concepção democrática do direito e da sociedade, procurando enfatizar que “o discurso jurídico em geral e o discurso jurídico em particular é um discurso pluralístico que, apesar de antitético, não deixa de ser dialógico e horizontal. Conseqüentemente, a *verdade que aspira é sempre relativa*”<sup>41</sup>

Toda essa elaboração teórica, através da coleta dos dados empíricos, procura responder às seguintes questões:

- a extensão do espaço retórico ou do campo de argumentação no discurso jurídico não-estatal;
- a constituição interna deste espaço retórico;
- as condições sociais do regresso da retórica em geral e da retórica jurídica em especial na segunda metade do séc. XX.<sup>42</sup>

Alude o autor, para a construção de sua teoria à formação de Pasárgada, a partir da década de 30 através da ocupação ilegal de propriedade privada.

40 SANTOS, B. S. *Op. cit.*, p. 5.

41 *Ibidem*, p. 8 (grifos nossos).

42 Questão já tratada, de certa forma, da abordagem da teoria da tópica-retórica e que segundo *Boaventura de Sousa Santos* tem de ser visto em conjunto com o ascenso do paradigma liguístico-semiótico nas ciências sociais e com os novos caminhos da hermenêutica de *Gadamer e Ricoeur*.

À medida em que esta comunidade foi se estruturando, foram criadas Associações de Moradores com o fito de solucionar conflitos locais, nascendo ao mesmo tempo, um direito paralelo não oficial ou (direito de asfalto):

“obviamente, o direito de Pasárgada é apenas válido no seio da comunidade e sua estrutura normativa assenta na inversão da norma básica (*Grundnorm*) da propriedade, através da qual o estatuto jurídico da terra de Pasárgada é conseqüentemente invertido: a ocupação ilegal (segundo o direito do asfalto) transforma-se em posse e propriedade legais (segundo o direito de Pasárgada).”<sup>43</sup>

A prática jurídica, centrada na associação de moradores volta-se, sobretudo, para a prevenção e solução dos conflitos dentro desta comunidade. Para *Boaventura* este direito é acionado através de um discurso jurídico caracterizado pelo uso muito intenso e complexo da retórica jurídica. Por esta afirmação, depreendemos que a tópica-retórica pode ser aplicada ao mesmo tempo no discurso jurídico oficial do estado moderno como na produção e reprodução das legalidades não-estatais.

A aplicação das idéias da tópica demonstram que o discurso jurídico de Pasárgada as decisões resultam da aplicação dos *topoi* “cuja carga normativa (extremamente vaga em abstracto) se vai especificando à medida que se envolve, pela argumentação, com a facticidade concreta da situação em análise”<sup>44</sup> São *topoi* utilizados: o do equilíbrio e do bom vizinho nos conflitos entre vizinhos; o da justiça, em todos os conflitos; o da cooperação, prevalecendo nos conflitos indivíduo X comunidade. Entretanto, além dos *topoi* são utilizados muitos outros instrumentos retóricos: como provérbios, máximas, referências bíblicas ou até mesmo, clichês e slogans, índices e sinais.

Para *Boaventura*, “a construção retórica do processo de decisão condiciona a própria decisão, mas esta, sem deixar de ser um produto do discurso, é também discurso produzido; é, simultaneamente, a medida do discurso e o discurso medido”.<sup>45</sup> A utilização da tópica e dos *topoi* permite que o discurso jurídico de Pasárgada seja aberto, funcionando como “antídoto” eficaz ao legalismo, ampliando deveras sua dimensão político-sociológica.

Após descrever todo o procedimento jurídico pelo qual a comunidade de Pasárgada soluciona seus conflitos (que não cabe num trabalho tão

43 SANTOS, B. S. *Op. cit.*, p. 14.

44 *Ibidem*, p. 17.

45 *Ibidem*, p. 20.

exíguo descrever) conclui que: “o espaço retórico do discurso jurídico é susceptível de variação; o direito de Pasárgada tende a apresentar um espaço retórico mais amplo que o do direito estatal.”<sup>46</sup>

A alusão à pesquisa realizada na favela carioca com a utilização da tópica-retórica demonstra o grau máximo a que pode chegar a ruptura do Direito com a realidade social (que procuramos apontar no item 2 deste trabalho): quando da criação de um ordenamento antinômico (e autosustentável) ao sistema jurídico estatal – o que mais uma vez demonstra a falência de nosso direito atual, que não consegue abarcar, num mesmo discurso, todas as realidades emergentes. Nosso ordenamento, ao que nos parece, não é fruto de compromissos entre ideologias políticas distintas e conflituosas que se assentam sobre sociedades pluralistas. Razão esta que releva as atuais discussões sobre a função e o papel do Direito e a necessidade imperiosa de se discutir o papel das novas metodologias, e entre elas a Teoria da Argumentação, sobretudo da tópica-retórica, de forma a ampliar o discurso jurídico estatal para abarcar toda a realidade emergente sobre a qual nos referimos.

## 6 CONCLUSÕES

É redundante mencionarmos a necessidade de uma discussão acerca das possibilidades do direito face ao *status quo* vigente.

A busca de valores e princípios, a natureza das coisas, o sistema jurídico aberto, a noção da historicidade do direito, as metodologias atuais, as diversas teorias argumentativas, a nova retórica baseada nessas teorias, a tópica e as demonstrações de suas possibilidades demonstram como é emergente um debate mais assentado (a ser empreendido pela Ciência Jurídica) acerca das falhas (pois primeiro é necessário admiti-las) e possibilidades do Direito – para que não alcancemos o vazio de valores a que se referiu Foucault.

Para tanto, renovações metodológicas no âmbito do Direito, sobretudo na solução dos casos concretos, devem ser empreendidas visando superar o positivismo e formalismo jurídicos reinantes, permitindo fazer parte do âmbito do discurso jurídico conceitos e valores extralegais, fundados na idéia de consenso, segundo os preceitos teóricos da argumentação e da tópica-retórica.

46 *Op. cit.*, p. 47.

O papel desempenhado pela técnica de pensar por problemas da tópica, apesar de crescente, está sendo combatido, sobretudo, por autores que defendem o pensamento sistemático na ciência do direito. Todavia, os pensamentos tópico e sistemático influenciam-se e complementam-se mutuamente, se não tratarmos de um sistema dedutivo “puro”. Antes mesmo da adoção de quaisquer dessas posturas resta-nos um aprofundamento das possibilidades de relacionamento entre Tópica e Direito, pouco empreendidas no campo da Jurisprudência (a Ciência Jurídica para *Viehweg*).

Através do emprego da técnica da tópica, alguns dos problemas referidos anteriormente, encontrariam uma opção para serem solucionados. A tópica possibilitaria uma maior participação do *common sense* no discurso jurídico, através da adoção de uma pluralidade de argumentos não apenas os positivados ensejando uma maior aproximação entre Direito e sociedade; o envelhecimento das codificações seriam suprimidos pelas diretrizes emergentes no plano do discurso, sem haver necessidade de uma produção legislativa intensa e casuística. Esta talvez devesse, numa perspectiva da retórica jurídica, basear sua produção, nas soluções dadas aos casos que vêm a litígio.

Atualmente, é a tópica empregada no discurso jurídico estatal sempre que haja falta de valores legais bastantes, sobretudo nos casos de lacunas e através de remissões legislativas ao *common sense*, quando as normas lançam mão de conceitos vagos, como, “cuidado necessário no tráfego”, “bons costumes”, “comportamento justo”, entre outros, apenas depreendidos do meio social em que a norma será utilizada.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1965.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1989.
- CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.
- COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: RT, 1988.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- FARIA, José Eduardo; LOPES, José Reinaldo de Lima. *Pela democratização do judiciário*. Rio de Janeiro: FASE / Apoio Jurídico Popular, 1987, Coleção “Seminários” n. 7.

- FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989.
- LARENZ, Karl. *Metodologia na ciência do direito*. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*. Porto Alegre: Sergio Fabris Ed., 1988.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. (Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior).

## DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

### Banca Examinadora:

Prof. Emérito Dr. Jair Leonardo Lopes  
Prof. Sidney Safe da Silveira  
Prof. Dr. Ariosvaldo Campos Pires  
Acadêmico: Eduardo Goulart Pimenta