

A importância da tópica na evolução dos sistemas jurídicos

Tatiane Mendes Sanches

*Doutoranda em Direito Civil Comparado
pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

Larisse Salvador Bezerra de Vasconcelos

*Doutoranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais
pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

Antonio Carlos França Pinto

*Doutorando em Direito Difusos e Coletivos
pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o papel da tópica na concepção dinâmica do sistema, fazendo um breve aporte histórico sobre a tópica advinda de Aristóteles e Cícero; Theodor Viehweg que posteriormente traz a mesma ao cenário jurídico, debatendo ainda com outros autores que analisam a sua importância ao sistema e a crítica da mesma. Para tanto o método utilizado será o dialético.

Palavras-chave: Tópica / Interpretação / Argumentação jurídica / Sistema jurídico

Abstract: This article aims to analyze the role of the topic in the dynamic conception of the system, making a brief historical contribution to the topic from Aristotle and Cicero; Theodor Viehweg who later brings it to the legal scene, also debating with other authors who analyze its importance to the system and its criticism. For this purpose, the method used will be the dialectic.

Keywords: Topic / Interpretation / Legal argumentation / Legal system

Introdução

O estudo da tópica pode ser encontrado em matérias vinculadas à Introdução ao Direito, Filosofia do Direito e História do Direito, não sendo feita uma correlação direta com o Direito contemporâneo, mesmo sendo esta uma forma de conduzir o pensamento com vista a superar uma visão lógico-formal do raciocínio jurídico, fornecendo meios para uma construção argumentativa da solução de casos no âmbito da interpretação e aplicação do Direito.

Muito embora a temática remeta a ARISTÓTELES, o assunto faz parte do patrimônio intelectual da cultura mediterrânea, prevalecendo até a Idade Média, por meio da arte da gramática, retórica e dialética.

A tópica de ARISTÓTELES discute métodos para argumentação e debate. Neste contexto, tópica se refere ao estudo dos *topoi*, argumentos comuns que podem ser usados para sustentar ou refutar uma posição em um debate.

Embora a tópica aristotélica tenha sido desenvolvida originalmente para a retórica, ela também influenciou áreas como a lógica e a argumentação jurídica, fornecendo um arcabouço conceitual para a análise e construção de argumentos em diversas disciplinas e será THEODOR VIEHWEG que debaterá a mesma sob o aspecto do argumento jurídico.

Conforme será visto, a tópica jurídica é uma abordagem metodológica que busca organizar o pensamento e a argumentação jurídica através da identificação e classificação de argumentos comuns utilizados no processo de interpretação e aplicação do Direito.

Essa abordagem pode ajudar os juristas a encontrar soluções para casos difíceis, explorando argumentos e pontos de vista diferentes e considerando a complexidade e as nuances das situações jurídicas.

Para tanto, propõe o presente artigo analisar a tópica sob a ótica da dinâmica do sistema jurídico, sendo dividido em três partes: a primeira parte traz suas origens, portanto, analisado sob a ótica de ARISTÓTELES e CÍCERO; a segunda parte traz a tópica sob o olhar de THEODOR VIEHWEG, já adentrando a questão jurídica e a terceira e última parte, após a análise histórica, adentra a questão de sua importância para concepção dinâmica do sistema. Para tanto o método de abordagem é o dialético e de procedimento será de análise bibliográfica.

Entendendo as origens da tópica: uma leitura sobre ARISTÓTELES e CÍCERO

A tópica de ARISTÓTELES

Tópica é o nome específico do quinto dos seis livros que compõe o *Órganon*¹, que é um conjunto de tratados de lógica escritos por ARISTÓTELES, de modo que as demonstrações da ciência seriam apodíticas em oposição às argumentações retóricas, que seriam dialéticas, nada mais que premissas aceites pela comunidade parecendo verdadeiras².

O intuito de ARISTÓTELES é distinguir o apodítico, que não pode ser refutado, do dialético, que possui encadeamento interno fundado em ideias meramente prováveis, sempre passível de refutação³. Isto é de extrema importância, uma vez que a tópica está no campo do dialético, e não do apodítico. Parte-se de opiniões respeitáveis, dando verossimilhança às premissas, levando a conclusões possíveis, mas não absolutas e sempre passíveis de refutação.

No livro *Tópicos*, ARISTÓTELES trata de questões relacionadas à arte de disputar, bastante comum à obra de PLATÃO e SÓCRATES, que se caracterizava por ser um campo próprio dos retóricos e dos sofistas e bastante combatido por estes dois últimos. Ainda assim, PLATÃO buscou converter tal arte em algo filosoficamente estruturado, caminho seguido por ARISTÓTELES⁴.

Segundo ARISTÓTELES, o objetivo de sua obra é encontrar um método que parte de opiniões geralmente aceites, a respeito de todo e qualquer assunto, de forma a ser possível replicar adequadamente o argumento⁵. A obra estabelece uma relação entre a dialética e a retórica, delimitando parâmetros do que seja considerado lugar ou *topoi*.

¹ O *Órganon* é composto pelos seguintes tratados: *Categorias*, *Da Interpretação*, *Primeiros e Segundos Analíticos*, *Tópicos* e *Refutações Sofísticas*.

² TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 10.^a ed., rev. atual. ampl., São Paulo, Atlas, 2018, 2018, p. 355.

³ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, Kelly Susane Alflen da Silva (trad.), 5.^a ed., rev. e ampl., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

⁴ *Ibidem*.

⁵ ARISTÓTELES, *Órganon*, Edson Bini (tradução e notas), 3.^a ed., São Paulo, Edipro, 2023.

Dessa forma, o citado filósofo considera que a dialética seja uma forma de verificação da verdade formal de um argumento, ao passo que a retórica ocupa posição complementar, desenvolvendo os temas tratados a partir do que é próprio da dialética. A diferença entre dialética e retórica, uma vez que ambas tratam do argumento, está no facto de a dialética estar preocupada com o valor verdade, partindo de premissas aceites – os silogismos –, ao passo que a retórica está preocupada com os argumentos jurídicos e políticos, sem o carácter lógico-formal⁶.

A partir de ARISTÓTELES, pode-se definir o lugar como uma estratégia argumentativa, de forma a estabelecer um conjunto para sua elaboração. Mais especificamente, o lugar é composto de duas partes, a instrução e a lei, sendo a instrução a forma de se definir a premissa e a lei a forma de justificar tal premissa. A composição dos dois elementos torna possível a universalização do argumento, exigindo a participação ativa do orador em sua criação⁷.

Deve-se destacar que ARISTÓTELES ressalta que quem argumenta não se utiliza de qualquer meio de persuadir, de forma que não se utiliza de qualquer argumento falacioso, ao mesmo tempo que não omite qualquer meio disponível para elaborar o argumento.

Estabelece que a investigação exige a compreensão: (a) a respeito da quantidade e espécie do que se argumenta e quais os materiais que originam a argumentação; e (b) como é possível estar suprido dos referidos materiais⁸.

ARISTÓTELES ainda traz, o que é: (a) definição – é o que significa a essência de algo, podendo ser uma frase no lugar de um termo ou uma frase no lugar de uma frase; (b) propriedade – é um predicado que não indica a essência do que seja algo; (c) gênero – refere-se ao que se predica, dentro da essência, de elementos especificamente diferentes entre si; (d) acidente – aquilo que pode ou não pertencer a alguma coisa, sem que isto interfira nas características próprias da coisa.

Defendia-se que os conceitos e proposições básicas dos procedimentos dialéticos não constituíam nem axiomas e nem postulados de demonstração, mas *topoi* de argumentação, ou seja, lugares comuns, que variavam, mas que possuíam força de persuasão no confronto de opiniões⁹.

⁶ MARCO TÚLIO CÍCERO, *Tópicos: os lugares dos argumentos*, Gilson Charles dos Santos (trad.), Campinas, Pontes, 2019.

⁷ *Ibidem*.

⁸ ARISTÓTELES, *Órganon*, *op. cit.*

⁹ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, *op. cit.*, p. 356.

ARISTÓTELES divide os silogismos em dialéticos e apodíticos. Os dialéticos são aqueles cujas premissas¹⁰ tomam como base a *endoxa*, opiniões reconhecidas e estudadas na tópica, enquanto os apodíticos partem de premissas verdadeiras e são estudadas nos *Analíticos Posteriores*¹¹.

Nesse sentido, quanto mais as conclusões dialéticas são iguais às apodíticas e contrária a erísticas¹² e pseudoconclusões, são formalmente corretas¹³.

Por meio da tópica, ARISTÓTELES proporcionava um conjunto de ferramentas para os retóricos e filósofos argumentarem e refutarem proposições de maneira convincente, levando em consideração as opiniões e crenças do público-alvo. Portanto, possui estreita relação a tópica aristotélica com a dialética, além da retórica.

A tópica ciceroniana

Pode-se dizer que CÍCERO¹⁴ buscou trazer a retórica para o nível da filosofia, avançando em relação a Aristóteles, que buscara a reabilitação diante das críticas de Sócrates e Platão.

Seguindo Aristóteles, CÍCERO aproxima a dialética da retórica, atribuindo à dialética a parte de estruturação do discurso relacionada à composição, chamada de invenção, a partir da elaboração das ideias¹⁵, cabendo à retórica a ordenação das ideias elaboradas, destacando o carácter prático.

¹⁰ A diferença está na natureza das premissas, que nos argumentos dialéticos são *endoxa*, proposições que parecem verdadeiras a dois ou mais sábios, por isso ARISTÓTELES se preocupa ainda com a indução e o silogismo, descoberta das premissas [MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, Maria Cristina Guimarães Cupertino (trad.), 2.^a ed., São Paulo, Landy Editora, 2002, p. 64].

¹¹ JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*, São Paulo, Noeses, 2011, p. 306.

¹² Se fundamentam em proposições que são apenas aparentemente prováveis (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., p. 79).

¹³ MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., p. 64.

¹⁴ Marco Túlio Cícero foi um filósofo, orador e jurista de atuação no fim da República romana. A *Tópica* de Cícero foi escrita em 44 a.C. (cerca de trezentos anos depois da de Aristóteles), foi fruto de um pedido de seu amigo pessoal Trebácio Testa, um jurista que não entendeu a obra de Aristóteles, que, tendo sido explicado por Cícero, se trata de um sistema racional de invenção de argumentos, Trebácio pediu que lhe fosse demonstrado o assunto, tendo Cícero redigido sua versão da *Tópica* escrita através de sua memória, uma vez que não levava o original consigo (ANGELO GAMBA PRATA DE CARVALHO/CLAUDIA ROSANE ROESLER, “A recepção da Tópica ciceroniana em Theodor Viehweg”, in *Revista Direito e Práxis*, v. 6, n. 10, 2015, pp. 26-48, em especial p. 33, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944513002> [consult. 16/4/2024]).

¹⁵ MARCO TÚLIO CÍCERO, *Tópicos: os lugares dos argumentos*, op. cit.

CÍCERO entende o lugar a partir da divisão do argumento em tipos, a partir dos quais se criam listas passíveis de estudo, podendo ser então definido como ligação entre retórica e dialética, formalizando a questão e identificando o argumento¹⁶.

CÍCERO defende que o estudo sistemático da lógica é composto de duas partes: uma de elaboração dos argumentos, seguida de outra de validação destes mesmos argumentos. A validação se dá por meio da dialética, ao passo que a elaboração se utiliza da tópica¹⁷.

Deve-se destacar que, na leitura ciceroniana, ARISTÓTELES considera retórica e dialética como artes semelhantes, até mesmo complementares, mas distintas quanto ao domínio. Enquanto a dialética faz parte do domínio da filosofia, a retórica está no domínio do político.

Nesse contexto, o lugar é a origem dos argumentos, a matriz do argumento. Já o argumento é o meio pelo qual se dá credibilidade a qualquer tema discutível.

O lugar pode ser: (a) intrínseco ao tema em discussão, ou seja, aqueles com origem no todo ou em partes do tema, assim como seus elementos e coisas outras relacionadas ou indicadas pelo tema; ou (b) extrínseco ao tema, tendo a sua origem fora do tema e, por vezes, consideravelmente afastado.

Por fim, CÍCERO esmiuça o processo argumentativo a partir de tópicos, trazendo sempre o destaque para as questões da vida prática, relacionando a tópica às questões jurídicas de Roma, de forma a fazer de modo efetivo a ligação entre Tópica e Direito.

A tópica analisada sob o olhar de THEODOR VIEHWEG: o despertar de uma teoria da argumentação

Em 1953, THEODOR VIEHWEG, juiz alemão¹⁸, conhecido por ser metódico e dotado de grande senso crítico, retoma a discussão sobre a tópica, analisando Cí-

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ CÍCERO entendeu a tópica como uma práxis de argumentação, elaborando catálogos de lugares comuns aplicáveis ao exercício retórico (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, op. cit., p. 356).

¹⁸ THEODOR VIEHWEG exerceu a profissão de magistrado na Alemanha, mas ficou desempregado no pós-guerra, pelo que desenvolveu as suas pesquisas após a Segunda Guerra Mundial, quando passou a residir em uma pequena aldeia, nos arredores de Munique.

cero sobretudo, bem como os métodos antigo, retórico e o crítico proposto por VICO¹⁹.

VIEHWEG escreve seu único livro publicado, *Tópica e jurisprudência (Topik und Jurisprudenz)*, por meio do qual resgata a tópica para pensar sobre a estrutura da jurisprudência e acompanhar o seu desenvolvimento histórico. Atualiza a tópica clássica com contribuições da lógica, da linguística e da teoria da comunicação e visa às questões aporéticas, sem saídas definitivas, tendo como objetivo usar a tópica para apurar tais questões.

Como alusão à obra de Giambattista Vico, VIEHWEG questiona qual método de estudo seria melhor: o dos antigos²⁰ ou o dos modernos²¹. Por isso, retornar à tópica, um método de pensamento antigo frente à jurisprudência²², na perspectiva da ciência do Direito, e analisar as perdas dessa mudança e abandono ao método antigo do saber jurídico, é pensar sobre o que se perdeu com essa escolha pelo pensamento científico.

VICO criticava a pretensa generalização do método cartesiano, cuja vantagem seria a sua precisão, para todas as áreas do conhecimento, especialmente os ligados à convivência humana e que o abandono da tópica e da retórica trouxe prejuízos, tais como a “perda da penetração, a atrofia da fantasia e da memória, a pobreza da linguagem e a falta de amadurecimento do juízo²³”.

Seguindo a problemática suscitada por Vico, VIEHWEG questiona se a sistematização dedutiva, pretendida pelos modelos matematizantes, que se deram a partir do século XVII, era inadequada ao saber jurídico e se acabavam por retirar e ocultar questões fundamentais.

¹⁹ THEODOR VIEHWEG analisa a tópica fazendo uma alusão inicialmente a GIAMBATTISTA VICO, que, em 1708, elaborou uma dissertação: *De nostri temporis studiorum ratione*, traduzido para “o modo de estudar do nosso tempo”, servindo como guia dos métodos para combater uma argumentação jurídica com excesso de formalismos e arbitrária, resgatando a temática como uma alternativa à concepção do Direito positivo.

²⁰ Retórico, tópico; herança da antiguidade clássica; pensamento e análise voltada para o verossímil.

²¹ Crítico; cartesiano; sistematização dedutiva perfeita a partir de premissas verdadeiras, evidentes.

²² Antes que se prossiga com a análise do trabalho de VIEHWEG, é importante destacar que o termo “jurisprudência” não tem o mesmo significado aplicável no sistema jurídico do Brasil, como um conjunto de decisões reiteradas pelos tribunais. Na Alemanha, jurisprudência se aproxima do que chamamos como sendo ciência do Direito, o saber jurídico, o trabalho exercido pela doutrina e estudiosos de diversos ramos sobre normas, decisões, criando conceitos.

²³ CLAUDIA ROSANE ROESLER, *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Arraes Editores, 2013.

Em síntese, a ideia seria analisar o conhecimento jurídico sem a imposição do positivismo jurídico e científico de aplicar os padrões matemáticos das ciências exatas e naturais às demais áreas do conhecimento humano. Analisar o saber jurídico como ele é e foi sendo construído e não como ele deveria ser para se enquadrar como ciência.

O conhecimento, a teoria, o saber humano, para ter validade científica, precisava de ser ordenado por um sistema dedutivo, assim compreendido como um sistema de verdades conduzidas pela razão, apresentando suas proposições concatenadas entre si com exatidão matemática.

Importando esse raciocínio para o Direito, criou-se uma ideia dicotômica: ou as teorias jurídicas deveriam estar fundamentadas como modelos matematizantes ou deveriam assumir a sua irracionalidade, o que seria negativo, pois o jurista estaria condenado à irracionalidade e à arbitrariedade e a ter os seus estudos desconsiderados.

O que faz THEODOR VIEHWEG é resgatar os conceitos da tópica de Aristóteles e Cícero, com vista a analisar a estrutura tópica da jurisprudência romana antiga, entendida esta como ciência do Direito, constituída pelo pensamento problemático, oposto ao pensamento por sistemas. Dessa forma, enfrenta a problemática sustentando a possibilidade de uma discussão racional mesmo sem lidar totalmente com meios dedutivos.

Essa teorização cartesiana sobre o Direito e sua práxis estaria atuando como um corpo estranho²⁴, como um obstáculo à compreensão da realidade. Estava sendo desconsiderada a real estrutura da jurisprudência em prol de forçá-la a se adequar a outros modelos do saber, a ser observada e compreendida por meio de uma generalização e universalização do que seria o científico, o que nem conduziu a êxito completo, já que a cientificidade do Direito ainda segue sendo criticada, e também desencadeou outras problemáticas, o que estaria deixando de ser observado ao se tentar ver o Direito diferente do que ele realmente é e foi, ao ignorar a sua construção e modificação na história da humanidade.

Portanto, VIEHWEG torna a discussão num dos centros de polêmica em torno do chamado “método jurídico”, ressurgindo na Europa no pós-guerra em diversas disciplinas²⁵.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., passim, pp. 59-60.

Nesse sentido, a diferença clássica entre os métodos²⁶ se daria à medida que o crítico não pode ser anulado pela dúvida; o método antigo ou tópica, o ponto de partida é dado pelo senso comum, alternando pontos de vista segundo os cânones da tópica retórica e com particular silogismo²⁷.

A tópica busca um método que seja possível encontrar soluções a todos os problemas apresentados a partir de proposições opináveis e se possa evitar contradições quando se tiver de sustentar um discurso²⁸. O ponto de partida é um problema concreto, da vida real, um caderno de coisas denominado de aporia, dispondo de mais de uma resposta tendo uma compreensão provisória²⁹, encontrando na tópica as indicações sobre como se comportar em situações indefinidas.

Por meio da dialética é possível formular perguntas e apresentar ao adversário³⁰, havendo um catálogo de tópicos estruturados e aptos a fornecer relevantes serviços práticos³¹.

De outro turno, a tópica de CÍCERO³², escrita posteriormente³³, e mesmo com nível inferior à tópica aristotélica, traz duas partes: a primeira trata da invenção e a segunda da formulação do juízo e não há nenhuma discussão a qual não se possa aplicar algum *topoi*, mas não são todos adequados a qualquer debate³⁴.

²⁶ A noção de tópica jurídica está relacionada com a Teoria do Direito, especialmente com relação a metodologia jurídica (JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y Método Jurídico”, in *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 161-188, em especial p. 161. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10908/1/Doxa4_12.pdf [consult. 16/4/2024]).

²⁷ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 19.

²⁸ *Ibidem*, passim, pp. 22-23.

²⁹ JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y Método Jurídico”, op. cit., passim, pp. 162-163.

³⁰ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 26.

³¹ *Ibidem*, p. 30.

³² Esta dedicada ao jurista (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., p. 64).

³³ A tópica de CÍCERO teve uma influência maior e se distingue por tentar criar um inventário de tópicos, ou lugares comuns, com aceitação generalizada e aplicáveis universalmente, se distanciando da apodítica e da dialética, mas se aproximando da obtenção de argumentos contidos nos lugares ou *loci* e os *topoi* que são depósitos de argumentos (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., passim, pp. 64-65).

³⁴ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., passim, pp. 28-30.

Desta forma, VIEHWEG caracteriza a tópica por três elementos: técnica de pensamento problemático³⁵; do ponto de vista do instrumento que opera, é a noção de *topos* ou lugar comum; e do ponto de vista do tipo de atividade, é a busca e exame de premissas³⁶, um debate na busca de um consenso. Que na verdade não termina nunca, sendo o repertório de tópicos provisórios e elástico³⁷.

Para além da retomada da importância do papel da tópica para o saber jurídico, o jurista contribui com a distinção entre um modo de pensar zetético³⁸ e um modo de pensar dogmático³⁹. O conhecimento como um âmbito de perguntas e respostas⁴⁰.

A tópica serve ao modo de pensar. Assim, se há um problema, há conflito em alguma parte, pode se proceder simplesmente a escolher por meio de tentativas de pontos de vista mais ou menos ocasionais, buscando premissas adequadas que permitam consequências idôneas e esclarecedoras, a isso se denominando de *tópica de primeiro grau*⁴¹.

De outro turno, essa incerteza, que torna incompreensível, demanda buscar um apoio por meio de um inventário mais ou menos organizado, por meio catálogos de *topoi*, que delimitam as áreas argumentativas e este procedimento denomina-se *tópica de segundo grau*. Desta forma, o que fez ARISTÓTELES foi formar um catálogo de *topoi* para todos os problemas pensados, enquanto CÍCERO e seus sucessores tornaram este subsídio para debates de forma a ser utilizado sempre que possível⁴².

³⁵ Seria o objeto, que no Direito seria um caso concreto que abriga diversas possibilidades de respostas válidas.

³⁶ MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., p. 65.

³⁷ *Ibidem*, p. 66.

³⁸ A zetética tem o enfoque na pergunta; as respostas são vistas como tentativas, provisórias e questionáveis a qualquer momento; o ponto de partida é uma evidência, frágil ou plena, admitida como verificável ou comprovável, ainda que momentaneamente; asseverações tratadas como zetemata estão sujeitas aos deveres de defesa/fundamentação e explicação; o seu pressuposto básico é a dúvida; tem função cognoscitiva, sendo esse seu papel funcional na sociedade; a sua intenção quando usa a linguagem é transmitir uma informação, descrevendo o estado de coisas.

³⁹ A dogmática, por sua vez, coloca o enfoque na resposta; aponta a impossibilidade de questionamento dos “dogmas”, os quais dominam as demais respostas que a eles devem se adequar; a premissa é considerada como estabelecida (seja de que modo for, por um ato de vontade, de poder ou de arbítrio), como inquestionável; as asseverações tratadas não estão submetidas a nenhum dever de defesa, a nenhum dever de fundamentação, senão simplesmente a um dever de explicação; ligada à formação de opinião; importância da hermenêutica, cujo papel é a flexibilização necessária dos dogmas indescartáveis, propiciando a revisão interna sem que sejam negados.

⁴⁰ CLAUDIA ROSANE ROESLER, *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*, op. cit.

⁴¹ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 36.

⁴² *Ibidem*, p. 37.

Os *topoi*⁴³ não se aplicam apenas universalmente, mas podem ser aplicados a uma área específica do saber. Enquanto os primeiros são aplicados a todos os problemas pensáveis e representam amplas generalizações, os segundos servem apenas a um determinado problema⁴⁴.

Desta forma, os *topoi* servem para permitir a discussão dos problemas⁴⁵ e para tanto buscar novas informações, servindo como fios condutores⁴⁶ do pensamento⁴⁷. Entretanto, o facto de sempre estar vinculado ao problema impede a especulação lógica, se vendo inclinado a premissas⁴⁸.

Os “*topoi* ou lugares comuns são fórmulas de procura que orientam a argumentação”⁴⁹, não são dados, mas construções estruturantes, perceptíveis no curso da discussão⁵⁰.

Com os referidos catálogos se buscava fornecer uma lista de dispositivos que serviam para descobrir determinadas formas de premissas, não necessariamente verdadeiras, mas plausíveis.

Comprovar uma premissa é diferente de demonstrar ou fundamentar, sendo esta última uma operação lógica que reclama um sistema dedutivo requerendo que a proposição utilizada como premissa seja reconduzida a uma outra proposição e por último uma proposição central, ou reduzindo partindo daquela que possa ser definida como axioma. A tópica pressupõe ausência de tal gênero por sua vinculação com o problema⁵¹.

A tópica deve ser abandonada se pretende estabelecer um sistema dedutivo, pois o sistema por si só assume a decisão e decide sobre o sentido da questão⁵².

⁴³ Os *topoi* são aplicados em vários contextos, dentre eles na literatura, na música, no patrimônio, na pintura. Além de traduzir a compreensão da vida, ainda contribuem para construí-la (THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 39).

⁴⁴ *Ibidem*, op. cit., p. 38.

⁴⁵ Entendendo aqui sob a ótica da dialogicidade.

⁴⁶ Só permitindo alcançar conclusões curtas (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., p. 66).

⁴⁷ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 40.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁹ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática de comunicação normativa*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 23.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁵¹ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 45.

⁵² *Ibidem*, p. 45.

Neste sentido, o modo de pensar tópico surge como um contraponto do modo de pensar sistemático-dedutivo, assim, a lógica seria a geometria de Euclides, na Idade Moderna o método matemático-cartesiano. Desta forma, THEODOR, em resposta a estes modelos, traz os contornos da tópica jurídica.

Sob a ótica da interpretação jurídica, a flexibilidade de interpretação da lei em oposição a interpretação literal pode ser vista como *topos* da hermenêutica⁵³. Neste sentido, a tópica no sistema jurídico pode contribuir para “tomar casos decididos em toda sua extensão e utilizá-los como *exemplum*”⁵⁴.

Tanto a ideia trazida de “fins sociais” quanto a de “bem comum” direcionam sob a ótica da pragmática as noções tópicas que devem orientar o discurso aplicativo da lei. Os *topoi*⁵⁵ no discurso dão à estrutura uma flexibilidade e abertura, cuja função é resolver problemas⁵⁶.

No tocante à jurisprudência, buscam-se e encontram-se pontos de vista que justificam a aplicação de um texto, tão necessário quanto maior for a diferença entre a situação problemática e o desenvolvimento no mundo das formas jurídicas⁵⁷, portanto, demonstrando os serviços prestados pela tópica, muito embora não possa convertê-la em método, pois somente se pode denominar como método um procedimento que do ponto de vista lógico seja controlável, um texto argumentativo, cuja jurisprudência não tem um método, tendo mais um árbitro e pouca controlabilidade⁵⁸.

Com essa pluralidade de sistemas, que torna possível colisões, é necessário um instrumento que as refute e este instrumento é a interpretação, cuja tarefa é criar uma nova concordância, que seja aceitável. Sua intervenção mediadora aumentará em alguns casos a pluralidade de sistemas e reduzirá em outros.

O que se percebe é que, no tocante ao estado do sistema, não se trata de utilizar a mesma técnica (retórica), mas se está diante de uma teoria que é questionável

⁵³ TERCIO FERRAZ JR., *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática de comunicação normativa*, op. cit., p. 23.

⁵⁴ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 50. Nesse sentido, o jurista romano apresenta um problema e busca encontrar argumentos, vendo-se instado a desenvolver uma técnica, sendo esta a postura da tópica, ainda que tais juristas estivessem distantes do modo sistemático, visto que se moviam no âmbito da retórica (op. cit., p. 51).

⁵⁵ Outros *topoi* poderiam ser identificados como: a imparcialidade do juiz, a noção de boa-fé, a prova em contrário (TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática de comunicação normativa*, op. cit., p. 23).

⁵⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁷ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 70.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 77.

quanto mais progride a investigação científico-lógica, sendo a lógica totalmente dispensável, sendo que a tópica precede a lógica⁵⁹.

Porém, uma Ciência do Direito que se pretenda uma cientificação técnico-jurídica concebe como consequência uma incessante busca do justo do qual emana o Direito positivo; pode se ver frente à jurisprudência como recurso esclarecedor; pode se usar de outras disciplinas; deve recorrer a investigação e deve considerar a perspectiva da tópica⁶⁰.

Assim, resta que a tópica se identifica com o aporético, contrapondo com o sistema jurídico axiomático⁶¹.

O que VIEHWEG já antecipava é a busca por uma perspectiva argumentativa, visto que a ideia de que no positivismo legalista o sistema é perfeito, e, portanto, estático e a sua aplicação é um simples silogismo, a tópica dentre outras doutrinas não aceita o Direito como um sistema perfeito, dependendo para completá-lo de outros fatores, a atividade de quem aplica será fundamental, assim, demandando o intercâmbio entre os sujeitos⁶².

Ainda, desenvolver um modelo retórico, no qual se conceba toda a argumentação como discurso fundamentador e como atividade comunicativa; a retórica forneceria um instrumento de análise mais adequado para o procedimento argumentativo, manifestando a dependência contextual da argumentação e o modo como se cruza com a tópica e a dimensão ética⁶³.

A tópica na dinâmica do sistema jurídico

Em oposição ao saber vulgar, advém a ciência como um “saber metodicamente fundado, demonstrado e sistematizado”⁶⁴ de modo a buscar uma explica-

⁵⁹ *Ibidem*, p. 91.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 93.

⁶¹ Neste sentido: “toda disciplina surge a partir de problemas e dá lugar a algum tipo de sistema, mas a ênfase pode recair em um ou outro elemento. Se a ênfase é posta no sistema, então este realiza uma seleção dos problemas e, assim, os que não recaem sobre ele são afastados e ficam simplesmente sem ser resolvidos. Se, pelo contrário, a ênfase é posta no problema, então se trata de buscar um sistema que ajude a encontrar solução” (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, *op. cit.*, p. 67).

⁶² JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y Método Jurídico”, *op. cit.*, p. 178.

⁶³ *Ibidem*, p. 180.

⁶⁴ MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 26.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2017, p. 34.

ção satisfatória da realidade, fundada em comprovações rigorosas⁶⁵, pois “o método é a garantia de veracidade de um conhecimento”⁶⁶.

De suma importância para o jurista, analisar os métodos, para daí se vislumbrar qual seria sua importância na concepção dinâmica do sistema.

No mundo jurídico, dada a estreita vinculação entre a jurisprudência e a retórica, a tópica caracterizou o estilo dos pré-glosadores, glosadores e pós-glosadores. Na Idade Média ela também esteve presente⁶⁷.

Vinculada à jurisprudência, se tornou menos um método e mais uma forma de pensar, ligada a aptidões e habilidades produzidas por meio da imitação e invenção, que se constitui para os juristas uma atitude cultural de alto grau de confiabilidade na prática⁶⁸.

Hoje a tópica⁶⁹ está voltada ao pensamento que se orienta para os problemas. Neste aspecto, a tópica é vista na dinâmica do Poder Judiciário, interpretada por juízes⁷⁰, promotores, advogados, com o fito de obter aprovação de sua tese defendida.

Portanto, hoje não se trata de princípios de avaliação de evidências para selecionar hipóteses, não é um procedimento verificável rigorosamente. É sim um estilo de pensar que permite abordar problemas, deles partir e voltar; o problema é

⁶⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, *op. cit.*, p. 357.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 357.

⁶⁹ Vale destacar que Atienza efetua considerações críticas à obra de THEODOR VIEHWEG, que de modo sintetizado seriam: indicando que as noções básicas da tópica são imprecisas e equívocas; que se busca premissas enquanto a própria noção de problema seria vaga; do mesmo modo, o próprio conceito de *topos*, que possui uma variável desde lugares comuns a instruções, fórmulas heurísticas dentre outros; e, por fim, a noção de lógica e sistema surge problemas, mesmo sendo principal termo de contraste (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, *op. cit.*, *passim*, pp. 70-72). Amado Garcia, do mesmo modo, efetua a sua crítica à tópica, entendendo que, como método, este é incompleto, devendo ser completado por princípios e doutrinas a assistir sua racionalidade de decisão, portanto, não autêntica para uma teoria de argumentação jurídica (JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y Método Jurídico”, *op. cit.*, p. 184). E ainda Miguel Reale, no sentido de que, acentuando o caráter não axiomático dos juízos jurídicos por serem formulados por meio de expressões concretas e variáveis do problema da justiça, VIEHWEG acaba por condenar a dogmática jurídica a uma natureza lógica-dedutiva, nega cientificidade à jurisprudência (MIGUEL REALE, *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 136).

⁷⁰ Qual a relação entre a tópica jurídica e o princípio da legalidade na atuação do juiz? Se trata de averiguar que lugar ocupa o Direito positivo no contexto dos tópicos que orientam a obtenção de decisões jurídicas (JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y Método Jurídico”, *op. cit.*, p. 172).

um dado que orienta a argumentação e que culmina com uma solução, mas mantendo os princípios, conceitos e postulados⁷¹.

O pensar tópico só pode contar com conhecimentos fragmentários e para resolver os problemas, na busca das premissas, vale-se dos *topoi* tomados isoladamente⁷². Tendo como base a aplicação da norma jurídica no caso concreto, pode-se vislumbrar o seguinte: Premissa Maior (Norma Jurídica), Premissa Menor (Caso Concreto) e Conclusão (Decisão)⁷³.

Analisado sob a ótica da tópica de segundo grau, sendo ela problemática é assistemática até pela necessidade de produzir efeitos persuasivos de argumentação, por isso, o pensamento tópico o que tem de mais importante é a busca pelas premissas, logo, os tópicos são elásticos e o único controlo dos *topoi* catalogados é a discussão, pois o que se aceita é a premissa⁷⁴.

Assim, a tópica traz como importante para a concepção dinâmica do sistema o desenvolvimento de uma teoria de argumentação jurídica⁷⁵. Quando se está diante de algum conflito que não encontra no arcabouço jurídico uma solução, pode-se usar de premissas que não estão positivadas para encontrar uma solução para o problema, portanto, servindo como novo paradigma de decibilidade dos conflitos e servindo de técnica de interpretação.

O primeiro aspecto é a decisão. Decidir é uma ação humana e como tal ocorre numa ação comunicativa, enquanto a decisão jurídica é um discurso racional⁷⁶. No discurso decisório jurídico vincula-se ao dever de prova e para ser racional o discurso tem de estar aberto à possibilidade de questionamento e se em determinado momento a decisão jurídica termina as questões conflitivas, durante este processo houve argumentação⁷⁷.

⁷¹ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, op. cit., p. 357.

⁷² *Ibidem*, p. 357.

⁷³ RENATO HAYASHI, "Os *Topoi* do Entimema Aristotélico: alicerces da argumentação jurídica", in *A retórica de Aristóteles e o direito: bases clássicas para um grupo de pesquisa retórica*, João Maurício Adeodato (org.), Curitiba, Editora CRV, 2014, p. 71.

⁷⁴ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, op. cit., p. 357.

⁷⁵ Que se inicia nos anos cinquenta de modo trazida pela tópica de VIEHWEG; a nova retórica de PERELMAN e à lógica informal de TOULMIN, cuja similitude se dá pela rejeição da lógica formal dedutiva, posteriormente complementadas por teorias-padrão da argumentação jurídica introduzida por MAC-CORNICK e ALEXY (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., p. 13).

⁷⁶ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, op. cit., p. 351.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 352.

A teoria da argumentação se desenvolve à medida que nem toda a prova é concebível, requer técnicas capazes de gerar adesão às teses que se apresentam, requer raciocínios persuasivos⁷⁸. A decisão jurídica aparece como uma discussão racional, uma discussão de problemas⁷⁹.

A argumentação constitui uma das fases da concretização do direito positivo, que pressupõe a interpretação e parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico⁸⁰, de onde se destaca a importância da tópica no tocante ao preenchimento das lacunas.

A interpretação, no pensamento jurídico, se desenvolve no estilo tópico, pois o que garante a permanência de uma ordem jurídica em face de questões sociais que se desenrolam no tempo é o estilo flexível, em que os problemas são os pontos de partida e impedem o enrijecimento das normas interpretadas⁸¹.

Sendo o Direito um ordenamento, entendido como conjunto de normas, o problema da existência das lacunas vai depender da concepção que se tem do ordenamento⁸².

Parte-se, neste aspecto, da noção de que o legislador não consegue dar conta de todos os factos e conflitos tendentes nas relações sociais, até pela própria visão dinâmica do Direito, o que retiraria a sua própria função⁸³, além ainda da própria fixação de limites das decisões dos magistrados⁸⁴.

Assim, chega-se à conclusão que a lacuna existe ante o carácter dinâmico do Direito, não devendo ser considerada um problema, que só surge quando da sua aplicação⁸⁵, mas ao mesmo tempo se esconde em ideais díspares e antagônicos, portanto, a lacuna trata-se de uma aporia⁸⁶.

Assim, a aporia, ou a falta de um caminho, uma *dubitatio*, pode ser resolvida pela tópica, que pode propor orientações e recomendações sobre o modo como se comportar numa determinada situação⁸⁷, mas não utilizando-se de uma abor-

⁷⁸ *Ibidem*, p. 353.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*, *op. cit.*, p. 286.

⁸¹ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, *op. cit.*, p. 358.

⁸² MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, *op. cit.*, p. 466.

⁸³ *Ibidem*, p. 477.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 478.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 476.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 478.

⁸⁷ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, *op. cit.*, p. 33.

dagem unitária, já que há várias maneiras de se conceber uma realidade, portanto, deve expor o tema de uma forma problemática, utilizando-se das diversas doutrinas que se complementam⁸⁸.

No Direito brasileiro, pode se identificar os *topoi* no próprio texto legal e é exemplo disso o disposto no art. 5.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁸⁹, que elenca que “[n]a aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁹⁰.

Conclusões

A tópica é um auxílio principal das partes neste processo dialógico que pode ser usado como fonte para os seus argumentos para tomada de decisões.

Porém, há muitas teorias da argumentação jurídica que despontaram nos anos cinquenta, das quais o presente trabalho se debruçou sobre a tópica. THEODOR VIEHWEG acrescentou um aspecto pragmático – mais que levar em consideração a situação dos signos, deve-se levar em consideração a situação dos sujeitos.

Entende-se que uma das principais contribuições do estudo do jurista foi a reflexão sobre a exacerbada tentativa do pensamento positivista de encaixar (talvez até mesmo encaixotar) o Direito em um modelo científico universal, aplicável às ciências exatas e naturais, passando a suscitar um questionamento sobre o que se perdeu nesse processo de adequação do Direito tal como ele é (e sempre foi), retórico, para que se adequasse à necessidade de ser exato, cartesiano, pois só assim seria racional, científico e válido.

Ao mesmo tempo, a partir da tópica, desse método que remonta à Antiguidade Clássica, que se conecta com os primórdios do saber jurídico, vê-se a possibilidade de compreender o Direito tal como ele se apresenta sem que se caia na irracionalidade. A tópica tem as suas premissas que conduzem a um conhecimento estruturado.

Ademais, ainda que haja críticas acerca do uso da tópica como método, cabe destacá-la como fonte dogmática.

⁸⁸ MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, op. cit., passim, pp. 478-479.

⁸⁹ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática de comunicação normativa*, op. cit., p. 23.

⁹⁰ Brasil, Decreto-Lei n.º 4.657, de 4/9/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm [consult. 17/3/2024].