

## Sobre a orientação Tópico-Hermenêutica e Th.Viehweg

Kelly Susane Alflen da Silva\*

### I - EXCURSUS PARA UMA PRÉ-COMPREENSÃO

A tópica é a própria techné do pensamento que opera com problemas . Não obstante, a fim de se obter uma pré-compreensão a respeito, cumpre, para tanto, um excursus em sua fundamentação histórica, porém, trata-se tão-só de um excursus, no sentido original do termo. Excursus, que parte de Aristóteles, que lhe deu o nome , e de Cícero, que teve a influência histórica maior que a de Aristóteles. Em sua Tópica, Aristóteles se ocupa de um tema tratado pela filosofia grega clássica, a velha arte de domínio dos retóricos e dos sofistas. A Tópica pertence, com os Argumentos Sofísticos - partes quinta e sexta do Organon - , ao terreno do dialético, o que se expressa em dialegueszai, i.e., em disputar, que cabe aos retóricos e aos sofistas como campo do meramente opinável; não do apodíctico, o qual é campo da verdade para os filósofos . .Nosso tratado - diz Aristóteles - propõe-se encontrar um método de investigação, o qual, partindo de proposições que se possam colocar (peri pontós tou protecentos problematos) e evitar as contradições, quando se tem de sustentar um discurso, i.e., colocado um problema qualquer, que se possa formar conclusões corretamente ex endoxoni (isto é, partindo de opiniões que parecem ser geralmente aceitas) para atacar ou para defender . E, diante disso, passa a explicar o raciocínio dialético, distinguindo um apodeixis, uma conclusão dialética, uma conclusão erística, por último os paralogismos ou falsas conclusões . Ele faz uma classificação das conclusões segundo a índole de suas premissas. Por exemplo, por conclusões dialéticas entende aquelas que têm como premissas opiniões acreditadas e verossímeis, que devem contar com aceitação (endoxa). Aristóteles parte, pois, da afirmação de que a tópica tem por objeto conclusões que derivam de proposições que

parecem verdadeiras com apoio em uma opinião acreditada . O livro VIII da Topica é dedicado à discussão dos problemas relativos à ordem e ao método que se deve seguir ao propor questões , i.e., a arte de perguntar ou regras de interrogação.Quando se quer fazer uma pergunta o que primeiro se deve seguir ao propor descobrir é o tópico que deve ser empregado para se obter a conclusão dialética; em segundo lugar, devem ser colocadas em si mesmas as perguntas concretas, levando-as com uma determinada ordem; e, por último, dirigi-las ao interlocutor . A ordem e a colocação das perguntas é, precisamente, a tarefa peculiar do dialético, pois ele é precisamente isto: o homem hábil em propor questões e em levantar objeções (Top. VIII, 164b, 5). A Tópica de Cícero foi escrita em dois livros De inventione - dedicada ao jurista C. Trebacio Testa - , a qual teve uma influência histórica maior que a de Aristóteles, porém, de nível inferior ao da aristotélica . Contrariamente a Aristóteles que projetou em sua Tópica uma teoria da dialética, entendida como arte retórica, Cícero entende a tópica como uma prática da argumentação, que maneja o catálogo de tópicos. Aristóteles trata, em primeiro lugar, ainda que não de modo exclusivo . Porém, a tópica ciceroniana foi a que definitivamente prevalece . Assim, a tópica quando não se manteve como uma lógica retorizada, retornou, abastecida com os resultados do trabalho aristotélico sobre a retórica.

## II - ORIENTAÇÃO TÓPICO-HERMENÊUTICA: ARGUMENTO E CRÍTICA

A tópica, porém, deve ser entendida sob o trânsito efetivo de uma mentalidade propriamente tópica, i.e., ela não deve ser entendida sem a aceitação da sua inclusão dentro de uma ordem de círculos problemáticos , pois não serve à comprovação lógica das proposições do sistema (deduções), porém, serve para orientar o problema dos pontos de vista em relação às proposições lógicas do sistema .A tópica é incompatível com a elaboração de uma ciência por meio de um proceder dedutivo-sistemático, pois com o sistema de proposições em si mesmo considerado deve ser compreendido por si, i.e., pelo desenvolvimento lógico de suas proposições nucleares, as quais não podem ser alteradas diante de uma eventual modificação da situação do problema, pois o sistema independe do problem . Com isso, quer-se dizer, em primeiro lugar que a problemática da tópica e do primado dos problemas direciona casos perante a norma e o sistema. Em segundo lugar, que a Jurisprudência - tese fundamental de Th.Viehweg - só pode satisfazer seu peculiar propósito se proceder não dedutivo-sistematicamente, porém, topicamente . Concretamente, Th.Viehweg distingue dois graus de tópica. De acordo com o primeiro, deve-se proceder por intermédio de uma seleção arbitrária de uma série de pontos de vista mais ou menos ocasionais para buscar, a partir destes, uma orientação por meio de determinados pontos de vista, i.e., uma orientação por meio de sobpostas premissas objetivamente adequadas e fecundas, a fim de levar a conseqüências iluminadas. Dessa forma, procede-se quase sempre no cotidiano, procedimento que é chamado tópica de primeiro grau . Com base na insuficiência deste procedimento primeiro, procede-se ao dos repertórios de pontos de vista - já preparados anteriormente - , os quais são ajustados a problemas determinados. Assim, produzem-se os catálogos de tópicos. O procedimento que se utiliza destes catálogos de tópicos, destarte, é chamado tópica de segundo grau , que tem seu fundamento precisamente na conversão da projeção aristotélica de um catálogo de

tópicos para os problemas pensáveis por Cícero e seus sucessores, como meio auxiliar do pensar o problema do modo mais prático possível, com o que se produziu uma trivialização. Particularmente, além dos tópicos universalmente aplicáveis, tratados por Aristóteles, Cícero e seus sucessores, têm também os tópicos aplicáveis somente a um determinado ramo do saber, os *loci communi*, sobre os quais são baseados os catálogos especializados de tópicos a facilitar a orientação tópica e o pensar o problema de modo prático. Nisso, propriamente, consiste a função dos tópicos. Os tópicos devem ser entendidos sob uma ótica funcional, i.e., devem ser vistos como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento, já que têm o seu sentido dado pelo problema. Nesse sentido, determinar se os *topoi* - eles são, segundo Aristóteles, pontos de vista utilizáveis e aceitáveis universalmente, que se empregam em favor e contra ao aplicável e que parecem conduzir a verdade, sobre os quais em Th.Viehweg, não se encontra uma definição - apresentam-se como conceitos ou como proposições é mera questão de formulação, considerado o aspecto (in)transcendente. Na verdade, o método tópico desempenha uma tarefa pré-lógica de orientar o como identificar premissas sobpostas pelas proposições lógicas do sistema, pois como tarefa a *inventio* é primária e a *conclusio* secundária. Este procedimento é adequado para comprovar de que maneira são criadas as premissas pelo modo de pensar sob análise. Assim, o método tópico influi na índole das deduções a partir das proposições lógicas do sistema ao passo que, a índole das conclusões indica a forma de buscar as premissas. Não obstante, a formação de um catálogo de tópicos, por uma parte, produz no desenvolvimento ulterior do pensamento um vínculo lógico, que é contrário ao modo do pensar o problema, por ser este esquivo a vinculações, por outra parte, é exigido flexibilidade e capacidade de abertura ao catálogo de tópicos sob o domínio do problema. Sob este aspecto é que o método tópico auxilia na interpretação, pois por meio do processo interpretativo abre possibilidades de entendimento sem violar as antigas possibilidades. Assim, são mantidas as fixações já realizadas nos repertórios de pontos de vista por meio de uma conexão com os novos pontos de vista completamente distintos, o que torna possível um novo entendimento. Por este procedimento - aqui, particularmente, a referência é feita ao procedimento dialético-socrático sobre problemas - as premissas fundamentais são legitimadas pela aceitação do interlocutor. O que, por consequência, quer dizer que o ponto de vista aceito geralmente é considerado como fixado, (in)discutido e evidente. Por tal razão, as premissas relacionadas com o problema podem ser qualificadas sob graus relevantes ou irrelevantes, admissíveis ou inadmissíveis, podendo ser qualificadas sob graus intermediários como apenas defensável ou todavia defensável, que são plenamente dotados de sentido, segundo o qual só pode ter aceitação o que tiver um peso específico. Logo, os pontos de vista diretivos são legitimados por serem geralmente aceitos por seus interlocutores, ou pela maioria, ou por notáveis e eminentes, como diz Aristóteles. Diversamente do legitimar ou provar uma premissa, porém, é fundamentar uma premissa (*methodus critica*, de G.B.Vico, que é baseado no *primum verum*), pois isso exige que a proposição lógica de um sistema seja (re)conduzida a outra e, por fim, a uma proposição geral, i.e., que possa ser reduzida por dedução da proposição lógica mais geral pela qual o plano valorativo a respeito dos círculos problemáticos concretos é encontrado e torna-se funcional, pois eles não são meras máximas ou regras heurísticas, pelo contrário, são uns princípios gerais por serem procedentes de uma estimativa objetiva e social, não da apreciação retórica e singular de uma suposta justiça do caso concreto, são informadores da instituição, e, uma vez precisados, concretiza-se a validade jurídica no sentido de direito aplicável, como expressão técnica. Em face disso, a Jurisprudência não deve ser concebida

sob uma ótica que refuta uma postura aporética, porém, como uma discussão de problemas, desenvolvida em razão da dicotomia pergunta-resposta, já que, como técnica da Ciência Jurídica, tem a sua estrutura determinada pelo problema. A sua tarefa é precisamente baseada na aporia fundamental da busca do justo a uma pletera de situações-problema inabarcável, a qual é realizada a partir dos pontos de vista, os quais dentro dos limites da Tópica de Th. Viehweg não podem ser chamados de princípios ou regras fundamentais, porém, regras diretivas ou tópicos, já que não fazem parte do procedimento dedutivo-sistemático, porém do tópico. Igualmente, os conceitos ou proposições da Jurisprudência devem estar vinculados ao problema e, por conseqüência, devem ser entendidos como partes integrantes de um pensamento tópico. Têm como característica a impossibilidade de sistematização, justamente, porque a vinculação do pensamento tópico ao problema impede um desdobramento do pensamento conseqüentemente lógico. Isso possibilita, na verdade, a assunção de uma nova postura relativa a essa aporia fundamental. Decisivo, portanto, a orientação por meio das premissas sobpostas. Caso o sistema jurídico fosse concebido de acordo com o procedimento lógico-dedutivo, a pluralidade de sistemas teria de ser reduzida a uns poucos princípios ou axiomas compatíveis (logicamente), plenamente enunciáveis e independentes entre si, dos quais pudesse ser derivado, por meio de um procedimento lógico, as demais regras ou proposições correspondentes, pelas conclusões corretas obtidas em uma cadeia de deduções. O sistema jurídico, entretanto, não pode ser entendido em sentido lógico, pois, para isso, necessário em primeiro lugar, o direito ser reduzido a um princípio único, em segundo lugar, proibido a produção de colisão entre eles e, por conseguinte, não impedir a admissibilidade das decisões non liquet, além de o legislador intervir conforme a uma exatidão sistemática para fazer solúveis novos casos que surgem insolúveis, sem violar a perfeição do sistema. Uma formalização radical - a qual P. Häberle desenvolveu de modo exemplar, junto à democratização - do sistema dedutivo ao sistema jurídico distancia, por conseqüência, o sistema da realidade, sendo conduzido ao cálculo (Leibniz) de um loci communi (disciplina) jurídico mediante a aplicação da logística à lógica. Porém, como no âmbito jurídico a unidade sistemática é, em geral, concebida a priori, sistematicamente, só é dado conhecer na proporção em que está assegurado à determinada proposição uma proteção relativa a uma possível colisão, que depende do seu grau de alcance e perfeição do sistema, enquanto proposição derivada. Por fim, não se trata, por uma parte, de prescindir do direito positivo para solucionar uma questão relativa ao justo no caso concreto mediante a discussão em torno de, pois excepcionados os casos limite, o jurista ou o juiz direciona-se pelo direito positivo, que, particularmente, proporciona as regras e normas de decisão para uma solução justa e, simultaneamente, esclarece as valorações a elas sobpostas como relações e compatibilidade dos princípios, institutos e regulações, reduzindo a tarefa do juiz à subsunção lógica desses elementos. Por outra parte, um novo problema não é preterido - apesar do desenvolvimento puramente lógico das proposições centrais do sistema ser independente do problema -, pois o trânsito efetivo da mentalidade tópica à sistemática consiste, em princípio, em auxiliar na configuração do sistema dedutivo integrando novos pontos de vista relativos e um novo problema, auxiliando o pensar o problema, já que só um sistema pode garantir a comprovação lógica das suas proposições e manter a contextura espiritual e estrutural de uma ordem jurídica. Em suma: a tópica é uma técnica do pensamento problemático, que foi desenvolvida pela retórica, pois no âmbito jurídico, particularmente, os pontos de vista são baseados em um sensus communis (sentido comum, common sense). Ela é o próprio desenvolvimento de

uma contextura espiritual , e distingue-se de forma inequívoca, do espírito dedutivo-sistemático na Ciência do Direito, o que pressupõe aduzir que os problemas neste âmbito da Ciência e, particularmente, àqueles relacionados à interpretação consuetudinária podem receber, assim, uma solução muito mais satisfatória, pois muito embora o avanço significativo da tópica em relação ao emprego de vias argumentativas, no sentido em que por seu meio, ao menos, o consenso judicial pode ser obtido a partir de uma situação mediata, onde premissas são substituídas por hipóteses diante do problema situativo, deve-se considerar que, se a tópica (tradicional) pode ser erigida como a peça medular do método retórico clássico, é possível, por consequência, afirmar-se que, a mentalidade dos juristas teórico-práticos e a dos retóricos é a mesma. E, diante disso, no Direito Constitucional, o seu emprego é, em grande parte, inadequado, exatamente por possibilitar a continuidade de uma justificação metódico-legal nas decisões (*lex lata*) e, além disso, possibilitar praticamente o exercício de uma política legislativa no âmbito jurídico-constitucional, se é este mesmo que legitima e limita a ordem jurídica da coletividade. A *constitutio scripta*, o Normtext, constitui o limite à interpretação constitucional , no sentido de uma obrigatoriedade rigorosa, já que o emprego do primado tópico do problema deve apresentar por contraponto ao primado dos problemas o primado dos textos. No âmbito da concretização das normas isso significa que a interpretação está vinculada a algo estabelecido, embora os resultados obtidos na tarefa hermenêutica de concretização das normas constitucionais não alcancem uma exatidão absoluta no sentido daqueles das *Naturwissenschaften* - pois, neste caso, só dentro do possível seus resultados são sólidos, racionalmente fundamentáveis e controláveis . Porém, dentro dos limites do possível que podem se tornar razoáveis e convincentes, e, sendo, por isso, até certo grau, previsíveis, pelos quais, alguma coisa ganha, precisamente, não só uma parte de honradez jurídica, mas também certeza jurídica (limitada) ao invés de uma pretensão de exatidão absoluta que não se deixa demonstrar . Essa vinculação à *constitutio scripta*, na verdade, é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição, porque por uma parte, inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação e, por outra parte, exclui um rompimento constitucional (ou modificação) por interpretação ao proibir o intérprete de passar por cima da Constituição e, por consequência, da própria ordem fundamental jurídica da coletividade, uma vez que .o Direito Constitucional, como direito fundamentador da ordem total e delineado para a ordenação em conjunto, não deve ser entendido pontualmente, do problema individual, como no direito privado (...) . Sendo, portanto, o primado dos textos obrigatoriedade na interpretação constitucional, isso significa que o limite da jurisdição é o das disposições constitucionais. Diante disso, o problema da interpretação constitucional resta por estar, justamente, na ambigüidade e na indeterminação dos textos das normas constitucionais, dos quais devem ser extraídos os conteúdos, que é tarefa própria do que se chama de hermenêutica. Porém, como é possível esta tarefa ser vinculada aos Normtexte, deve-se em realidade, produzir por primeiro o seu conteúdo? Ocorre, que é a própria indeterminação da norma que proporciona a determinação do conteúdo normativo (ponto de partida à concretização) e, por isso, não é elemento obrigatório da interpretação . Dessa forma, o postulado da concretização das normas atua, onde, realmente, é necessário interpretar em um sentido restrito, que sem conduzir além, de modo algum encerra ou afasta o círculo (M.Heidegger) de forma irresolúvel. Fundado nisso, os preceitos decorrentes do princípio do Estado de Direito, ganham tanto mais relevância, no âmbito do direito privado, quanto mais é feito o emprego e a concretização das normas constitucionais, pois é pela generalidade e indeterminação das

normas constitucionais que cada situação pode se caracterizar ela-mesma. No âmbito do direito privado, para que o emprego da orientação do pensar o problema pela tópica seja conseqüente, não é possível que o Normtext seja considerado como um topos hermenêutico, porque seja por uma tópica de primeiro grau (os vários pontos de vista ou de opiniões que parecem ser geralmente aceitas ou, ainda, *sensus communis*), seja por uma tópica de segundo grau (repertórios de pontos de vista), o pensar tópico tem por base o discurso retórico, que serve para fundamentar a decisão do modo mais persuasivo possível, para defender ou atacar um problema - sobre o que se tratou no capítulo nono, intitulado Orientação Tópico-Hermenêutica. Destarte, é o próprio pensar o problema, que exige ser reconhecido o topoi em uma esfera estranha (diferente) da normativa. Contrariamente, no âmbito do direito público, a vinculação às normas constitucionais torna inadmissível relação diante de cada topoi sobre o problema. É, dessa forma, porém, que no positivismo jurídico cada modo de trabalho jurídico se apresenta, igualmente à lei, como condição para o problema e para o caso concreto e para a interpretação da norma jurídica, assim como, é por esse modo de trabalho, que pela orientação do pensar o problema pela tópica se coloca manifesta uma reação contra a estreiteza de quem tem um horizonte positivista. Embora isso, o emprego da orientação tópico-problemática, no âmbito do direito privado, não pode ser reduzida a um caráter exclusivamente retórico, nem a uma valoração da argumentação de política jurídica, no sentido de uma verificação dos argumentos, tornando-se a problematização aberta nesta orientação em uma dedução sistemática, pois, esta, em realidade, tem, um caráter de complementaridade entre a norma e o problema, enriquecendo uma axiomática fechada, auxiliando na configuração do sistema dedutivo integrando novos pontos de vista relativos a um novo problema.

### III – CONCLUSÃO

De lege ferenda, portanto, o procedimento da orientação do pensar o problema pela tópica está circunscrito à confecção dos pontos de vistas e dos repertórios de pontos de vista, que não são suficientes à concretização por não pouparem o voluntarismo da política jurídica . De lege lata, contrariamente ao que deve de ser entendido por tópica, nela são identificadas a relação de problemas primários e a relação de norma e texto, ao identificar as estruturas, as funções e os limites do processo de decisão da legislação (constitucional), por uma parte, e a concretização da Constituição pela legislação ordinária, governo, administração e jurisprudência, por outra parte. Com base, nisso, os limites da tópica em Direito Constitucional não são só de ordem metodológica e, portanto, não-normativas; são, porém, pelo contrário, de natureza constitucional e, portanto, de caráter obrigatório, porque a originalidade do Direito Constitucional concerne à estrutura das normas e a estrutura dos problemas. Neste, os problemas são, igualmente, de uma natureza particular e, na verdade, os problemas mesmos podem ser modificados pela equivocidade da compreensão em relação ao aspecto metodológico, por uma parte, e a natureza do Direito Constitucional, direito político, fundamento da ordem jurídica positiva dentro do seu conjunto, por outra parte, e enfim,

pela falta relativa em Direito Constitucional de uma tradição jurídica e científica relacionada à solução do problema e aos topoi.

#### Referências Bibliográficas

- ARISTÓTELES. Tópicos. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Tradução da versão inglesa de W. A. Pickard por Leonel Vallandro e Gerd Borhnhelm, v.1.
- BÖCKENFORD, Ernst-Wolfgang. Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandaufnahme und Kritik. In: Neue Juristische Wochenschrift. Bielefeld: Heft 46, S. 2089 ff.
- HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: SafE, 1998. Tradução do título original Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20., neubearbeitete Auflage, C. F. - Müller Verlag, Hüthig GmbH, Heidelberg, 1995. Tradução do Prof. Dr. Luís Afonso Heck.
- LARENZ, Karl. Metodologia de la Ciencia del Derecho. Barcelona: Ariel, 1994. Traducido del Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Springer Verlag, Berlin: Heidelberg, Vierte, ergänzte Auflage 1979. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero.
- MÜLLER, Friedrich. Juristische Methodik. Berlin: Duncker und Humblot, 1993.
- \_\_\_\_\_, Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt na Fragen der Verfassungsinterpretation. Berlin: Duncker und Humblot.
- SILVA, Kelly Susane Alflen da. Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial. Porto Alegre: SafE, 2000.
- VIEHWEG, Theodor. Topica y Jurisprudencia. Tradução de Díez Picazo Pence de León. Madrid: Taurus, 1964. Traducción del título original Topik und Jurisprudenz.

\*Advogada. Professora de Interpretação Jurídica e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Luterana do Brasil - Membro do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito do Porto (Portugal). Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (Lisboa), Mestre em Direito Público pela Unisinos. Doutoranda em Direito pela Universidade do Porto. Consultora Científica da Universidade Estadual de Londrina (Paraná). Avaliadora da Educação Superior do Ministério da Educação do Governo do Brasil. Autora de Hermenêutica Jurídica y Concreción Judicial pelo Editorial Tems, Colômbia e demais livros e artigos no Brasil e no Exterior. ([www.alfensilvaadvogados.1br.net](http://www.alfensilvaadvogados.1br.net) e [www.kellyalflen.1br.net](http://www.kellyalflen.1br.net))

Disponível em:

[http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina\\_Detalhar&did=20900](http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina_Detalhar&did=20900)

Acesso 14 de junho de 2007