

Copyright© 2004 by Momento Atual
Copyright© 2004 by Claudia Rosane Roesler

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida sem autorização prévia e escrita da Editora Momento Atual. Este livro publica nomes comerciais e marcas registradas de produtos pertencentes a diversas companhias. O editor utiliza estas marcas somente para fins editoriais e em benefício dos proprietários das marcas, sem nenhuma intenção de atingir seus direitos.

Abril de 2004

Produção: Editora Momento Atual
Design da Capa: Luciana Soares Fernandes (lusofer@uol.com.br)
Diagramação/Design: Editora Momento Atual
Revisão Ortográfica: Carina de Melo
Realização Editorial: Editora Momento Atual

Livro Aprovado pelo Conselho Editorial da Editora Momento Atual, composto pelos seguintes membros: Prof. Dr. Álvaro Borges de Oliveira, Prof. Dr. Moacyr Motta da Silva e Prof. Dr. Paulo Márcio da Cruz.

Dados para Simples Catalogação

Roesler, Claudia Rosane
Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso,
Racionalidade / Claudia Rosane Roesler — Florianópolis : Momento
Atual, 2004.

226 p. ; 23 cm.

ISBN 85-88681-26-9

1. Direito Filosofia. 2. Filosofia do Direito. 3. Filosofia Jurídica
4. Viehweg, Theodor
I. Título

Direitos reservados por:

Bookstore Livraria Ltda.

Rua Tenente Silveira 209 sl 04 - Centro

Florianópolis - SC - 88.010-300

Tel: (48) 222-1125

Fax: (48) 224-3225

E-Mail: info@editoramomentoatual.com.br

Atendimento ao cliente: sac@editoramomentoatual.com.br

HomePage: www.editoramomentoatual.com.br

Capítulo V

A Tópica e a Jurisprudência

1. Considerações Gerais sobre a Relação entre a Tópica e a Jurisprudência

Antes de iniciarmos a análise propriamente dita de como o autor entendeu a Jurisprudência e sua relação com a tópica, é interessante ressaltarmos que o texto básico da obra *Topik und Jurisprudenz* não foi significativamente alterado ao longo de suas reedições, mas algumas observações foram agregadas, em especial nos prefácios e no último parágrafo, incluso em 1974.

Procedendo a ligação dos assuntos que vínhamos discutindo no capítulo anterior com o que abordaremos agora, temos a manifestação expressa do autor no prefácio à quarta edição de *Topik und Jurisprudenz*, datado de 1969, no qual se resume o estado atual da discussão do seguinte modo:

O ponto de vista de que uma teoria satisfatória da jurisprudência tem que se voltar para a retórica é hoje bastante difundido. O jurista aparece, neste sentido, em muitos aspectos como um *perito da argumentação* jurídica, dentro dos quadros de uma *teoria geral e retórica da argumentação*, isto é, de uma teoria do discurso fundamentante. Torna-se claro aqui, que um sistema axiomático-dedutivo não é capaz de fornecer

fundamentos satisfatórios, tendo de ser completado por um *procedimento racional de discussão*, no sentido da tópica formal, o qual será abordado mais pormenorizadamente. Além disso, a atenção da pesquisa dos fundamentos na atualidade se dirige mais e mais para a dogmatização da *tópica material* em nosso campo, a qual pode realizar-se com ou sem a interpretação do decurso total da história¹.

Pelo teor e pela terminologia utilizada no parágrafo citado, podemos constatar que aparecem aqui os principais pontos com os quais concluímos nossa análise no capítulo anterior. Viehweg menciona a importância do enfoque retórico e a necessidade de se fazer, a partir dele, uma teoria da argumentação enquanto teoria do discurso fundamentante.

Podemos pensar, pelo que vimos anteriormente e pela situação na qual se colocam as observações (como prefácio), que o autor considerava que sua análise na obra em questão adequava-se aos desdobramentos posteriores que procura ressaltar. Esta é também a perspectiva que desejamos tomar neste capítulo. Nossa intenção é analisar como Viehweg investigou a estrutura da Jurisprudência e como justificou sua tese de que esta possui uma vinculação com a tópica, compreendendo essas observações como pesquisa dos fundamentos ou investigação básica. O objetivo é, posteriormente, avaliar como a distinção entre enfoque zetético e dogmático pode ser coadunada com a referida tese e qual a sua consequência para a análise da Jurisprudência, aspecto ou aspectos sobre os quais o autor nunca se manifestou expressamente.

Viehweg procede, para fundamentar sua tese de que a Jurisprudência tem uma estrutura tópica, a uma análise do material histórico legado pela tradição, acompanhando o saber jurídico desde a sua formação até os dias atuais. Deve-se atentar para a sua expressa ressalva de que sua pesquisa, embora utilize referências históricas de fundamentação, não se pretende uma investigação histórica².

Nesse sentido é importante recordarmos que, ao iniciar a discussão propriamente dita, Viehweg faz menção à alusão de Vico que exa-

¹ Cf. *Topik und Jurisprudenz*, p. 9 da edição alemã e p. 13 da edição brasileira. Grifos do autor.

² Diz Viehweg, no prefácio à 2ª. edição: “nesta dissertação usa-se, é verdade, material histórico, mas ela deve ser entendida como uma investigação sistemática e não genérica. Como é assinalado por diversas vezes, no texto, as questões ali propostas e a resolver não têm natureza histórica”. E adiante: “O autor apenas mostra um dado cultural (*Geistigkeit*), objetivamente constatável, especialmente configurado e bastante difundido, na medida em que afirma que a jurisprudência a ele pertence e que, portanto, uma pesquisa dos fundamentos da ciência jurídica deve dele partir”. Cf. *Topik und Jurisprudenz*, p. 7-8 da edição alemã e p. 9 da edição brasileira.

minamos no Capítulo I, e diz que seu propósito é acompanhar a transformação da Jurisprudência em seu percurso histórico, atentando especialmente para a passagem, por isso a importância de Vico, da antiga estrutura para a axiomática-dedutiva³.

Antes de verificarmos os detalhes desse percurso histórico, na forma como é tratado por Viehweg, devemos ressaltar que o autor invoca a pesquisa realizada por Ernst Curtius como um exemplo e um apoio à sua tese da persistência da influência ou da vinculação entre a tópica e o saber jurídico.

Afirma Viehweg, nesse sentido, que a construção de uma tópica histórica que observe a continuidade da utilização de alguns *topoi* no tempo e verifique se e quando novos *topoi* aparecem e se impõem, tal como a pesquisa realizada por Curtius no âmbito da literatura européia, deveria ser também o objetivo de uma ciência histórica do Direito⁴, a qual não é contudo seu objetivo, conforme ressaltamos acima.

Viehweg organiza a sua análise partindo do exame da tópica em Aristóteles e Cícero e verificando quais são os resultados que se pode obter. Examina, em seguida, o *ius civile* e o *mos italicus* em seus “caracteres tópicos”, bem como a tentativa de Leibniz de construir para a Jurisprudência uma “tópica matematizada”. Contrapõe tópica e axiomática e mostra a “renovada influência da tópica na civilística atual”⁵. Conclui a obra no parágrafo 9º., incluído em 1974 por ocasião da 5ª. edição, com o inventário já mencionado no capítulo anterior sobre os desdobramentos de sua tese enquanto uma teoria retórica da argumentação⁶. Seguindo a ordem escolhida pelo autor, também esta exposição principia com as considerações de Viehweg sobre Aristóteles e Cícero.

2. A Recuperação da Tópica: Aristóteles e Cícero

Segundo Viehweg, Aristóteles procura distinguir o campo do apodíctico do vasto campo do dialético, considerando o primeiro como

³ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 18 da edição alemã e p. 21 da edição brasileira.

⁴ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 37 da edição alemã e p. 38 da edição brasileira. Vide também CURTIUS, Ernst R. *Literatura Européia e Idade Média Latina*. Tradução de Teodoro Cabral e Paulo Ronái. São Paulo: Hucitec/Edusp, 1996.

⁵ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 13 da edição alemã e p. 17 da edição brasileira.

⁶ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 111-119 da edição alemã e p. 101-107 da edição brasileira.

o da verdade, destinado aos filósofos, e o segundo como o do meramente oponível (*endoxon*). A obra *Tópicos* pertence, com as *Refutações Sofísticas*, ao terreno do dialético, e Aristóteles faz esse percurso, ao longo do *Organon*, do verdadeiro ao meramente opinativo⁷.

Com efeito, Aristóteles inicia os *Tópicos* explicando sua intenção de encontrar um método com o qual se possa construir raciocínios sobre todos os problemas que nos sejam propostos, a partir de opiniões aceitas ou plausíveis, evitando contradições em nossos argumentos⁸.

Para Aristóteles existem quatro tipos de raciocínios: os apodícticos, obtidos a partir de proposições primeiras ou verdadeiras, ou delas procedentes, e que constituem o campo da filosofia; os dialéticos, obtidos a partir de proposições conformes às opiniões aceitas e que formam o domínio da arte da argumentação (*tópica*); os erísticos ou sofísticos, fundados em proposições que parecem estar de acordo com as opiniões aceitas, mas de fato não o estão; os pseudo-raciocínios, que são feitos com base em proposições especiais de determinadas ciências⁹.

Os raciocínios dialéticos constituem o campo precípua da *tópica* e sua especificidade, como demonstra a classificação, é a de que partem de opiniões aceitas e verossímeis (*endoxa*) e não de verdades tidas por evidentes. Não se trata então de um problema de correção ou de falsidade. Tanto os raciocínios dialéticos quanto os apodícticos são formalmente corretos. A diferença decorre da natureza de suas premissas¹⁰.

É interessante, nesse sentido, verificarmos que Aristóteles qualifica como opiniões aceitas ou verossímeis (*endoxa*) aquelas que parecem verdadeiras ou boas a todos, à maioria, aos mais sábios e, dentre estes, a todos ou à maioria ou aos mais conhecidos e de melhor reputa-

⁷ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 20 da edição alemã e p. 24 da edição brasileira. Viehweg denomina a obra de Aristóteles de *Tópica*, utilizando em alemão a expressão *Topika*. A tradução da referida obra para o espanhol e os comentadores que utilizamos usam a denominação *Tópicos*, razão pela qual nas citações de Aristóteles que realizamos esta é a designação utilizada.

⁸ Cfe. *Tópicos*, I, 100 a 20. A edição de *Tópicos* que utilizaremos é a seguinte: *Tópicos*. In *Tratados de Lógica (Organon)*. Libro I. Tradução e Notas de Miguel Candell Sanmartín. Madrid: Gredos, 1994, p. 89-306.

⁹ Cfe. Aristóteles, *Tópicos*, I, 100 a 25, 100b 25-30. Vide também *Topik und Jurisprudenz*, p. 21-22 da edição alemã e p. 25 da edição brasileira.

¹⁰ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 25: "Um exame mais profundo dos raciocínios dialéticos, que, segundo vimos, constituem o objeto da *tópica*, leva-nos a afirmar o seguinte: de um ponto de vista formal, eles não se diferenciam em nada dos apodícticos. São formalmente corretos, o que, como foi observado, não se pode dizer de todos os raciocínios erísticos, nem de todos os pseudo-raciocínios (embora estes possam ser absolutamente corretos!)." Na edição alemã, p. 22.

ção¹¹. Esse ponto de partida é o que diferencia um argumento de outro e permite qualificá-lo como dialético ou apodíctico.

Viehweg menciona a fundamentação filosófica e a ordenação que Aristóteles dá aos raciocínios desenvolvidos a partir da tópica. Esse trabalho de cunho mais teórico, desenvolve-se com a classificação dos raciocínios de acordo com quatro *genera*: *acidente*, *gênero*, *proprium* e *definição* e continua, posteriormente, com a análise da indução e do silogismo como modos de fundamentação¹².

Viehweg salienta ainda que existem outros quatro procedimentos instrumentais (*órgana*) muito importantes que auxiliam a encontrar raciocínios adequados: “a) a descoberta e a apreensão das premissas; b) a discriminação da plurivocidade existente nas expressões lingüísticas e discriminação das diversas determinações categoriais; c) a descoberta das diferenças de gêneros e espécie; d) a descoberta de semelhanças nos diferentes gêneros”¹³.

A expressão *topos* aparece pela primeira vez ao final da análise desses quatro procedimentos empreendida por Aristóteles¹⁴, finda a qual o autor passa então a discorrer sobre os *topoi* adequados para cada situação e como podem ser utilizados. Encontramo-nos agora, como Viehweg observa, diante da práxis da tópica e Aristóteles dedica-se demoradamente a mostrar as possibilidades de uso dos *topoi*, classificados de acordo com os quatro *genera* que mencionávamos acima, ou seja, conforme ao tratamento filosófico que lhes havia sido anteriormente dado. Este trabalho é desenvolvido pelo autor nos livros II a VII de *Tópicos*.

Deve-se ressaltar, todavia, que embora o termo seja mencionado, ele não vem, nesse contexto, definido. Uma definição de *topos* só é encontrada, ainda que indiretamente, na *Retórica*, como salienta Viehweg. Nessa definição Aristóteles estabelece a ligação entre os *topoi* e os raciocínios dialéticos e retóricos, asseverando que estes podem ser aplicados a qualquer área de conhecimento ou objeto, como

¹¹ Cfe. *Tópicos*, I, 100b 20-25. Vide também Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, p. 22 da edição alemã e p. 24 da edição brasileira.

¹² Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 22-23 da edição alemã e p. 25 da edição brasileira. Vide em *Tópicos*, 101b 15-35, 102 a, 102b, 103 a, 103b, 105 a 10-15.

¹³ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 23 da edição alemã e p. 26 da edição brasileira. Vide também *Tópicos* 105 a 20-35, 105b, 106 a, 106b, 107b, 108 a, 108b. Nessas passagens encontra-se a discussão pormenorizada dos procedimentos que Viehweg elenca acima.

¹⁴ Cfe. *Tópicos*, I, 108b 3.

é o caso do *topos* do mais e do menos, ou especificamente a alguns objetos, cabendo alguns apenas à Ética e outros apenas à Física¹⁵.

Com base nisto, Viehweg propõe a seguinte definição dos *topoi*: “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade”¹⁶. O que ressalta nessa definição é o caráter amplo que o *topos* possui. Cada *topos* contém uma quantidade de pontos de vista os quais não têm, por si mesmos, conseqüências conceitualmente determinadas¹⁷.

Viehweg não faz uma análise pormenorizada da definição acima referida e encerra sua exposição de Aristóteles comentando que o autor dedica-se, no livro VIII de *Tópicos*, à técnica peculiar da discussão (no sentido de disputa), iniciando pela arte de perguntar. Em relação a esta se deve dizer que ordenar e colocar as perguntas são as tarefas precípuas do dialético¹⁸. Chama a atenção também para o alerta que Aristóteles faz de que não devemos discutir com qualquer pessoa sob pena de não podermos desenvolver uma discussão razoável¹⁹.

Dois aspectos, entre si vinculados, salientam-se nas referências que Viehweg faz à tópica aristotélica. A primeira delas é a divisão entre

¹⁵ Cfe. ARISTÓTELES, *Retórica*. Tradução e notas de Antonio Tovar. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. A passagem mencionada encontra-se em I, 1358 a 15-25: “Digo que son silogismos dialécticos y retóricos aquellos con los cuales decimos los ‘lugares’, y estos lugares son los comunes acerca de cuestiones de derecho y ciencia natural y política y muchas disciplinas que difieren en especie, como el ‘lugar’ de más y menos, pues de éste no será más sacar un silogismo que decir un entimema acerca de cuestiones de derecho o de ciencia natural o cualquier otra disciplina, aunque éstas difieren en la especie; son específicas las conclusiones derivadas de premisas acerca de cada especie y género, como acerca de la ciencia natural hay premisas de las cuales no hay ni entimema ni silogismo acerca de ética; y acerca de ésta, otras de las cuales no los habrá acerca de las cosas de la naturaleza, y de modo semejante es así para todas las disciplinas”. A *Retórica* será citada sempre de acordo com esta edição.

¹⁶ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 24 da edição alemã e p. 26-27 da edição brasileira.

¹⁷ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 24 da edição alemã e p. 27 da edição brasileira.

¹⁸ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 24 da edição alemã e p. 27 da edição brasileira. Aristóteles em *Tópicos*, 155b 5, afirma: “Primeramente es preciso que el que se dispone a formular preguntas encuentre el lugar a partir del cual atacar; en segundo lugar, formularse preguntas y ordenarse cada cuestión para uno mismo; en tercer y último lugar, decir ya estas cosas ante el otro. Así, pues, hasta el momento de encontrar el lugar, la investigación es semejante para el filósofo y para el dialéctico, mientras que ordenar las cuestiones y formular las preguntas es ya propio del dialéctico: en efecto, todo esto {se hace} de cara al otro”.

¹⁹ Nesse sentido Aristóteles (*Tópicos*, 164 b 10): “Ahora bien, no hay que discutir con todo el mundo, ni hay que ejercitarse frente a un individuo cualquiera. Pues frente a algunos, los argumentos se tornan necesariamente viciados...” E ainda: “Por ello precisamente no hay que disputar de buenas a primeras con cualesquiera individuos: pues necesariamente resultará una mala conversación”.

apodíctico e dialético e a segunda, a caracterização da tópica enquanto auxílio na discussão de qualquer tema, enfatizando seu perfil de instrumento para a construção argumentativa.

Iniciemos pela primeira questão. A divisão entre apodíctico e dialético enquanto modos de raciocinar é explicitamente assumida por Aristóteles, conforme se depreende da classificação que o referido autor oferece e que Viehweg reporta. A tópica, como se constata, é vinculada à dialética pela própria explanação de Aristóteles, que não definindo expressamente o que é um *topos*, propõe-se a tratar dos raciocínios dialéticos ao longo dos livros de *Tópicos*.

A pergunta que se cabe fazer, nesse sentido, é sobre a vinculação entre tópica e dialética, em primeiro lugar, e em entre ambas e a retórica, em segundo lugar. Vimos, pela referência que Viehweg traz, que uma definição, ainda que indireta, de *topos* é dada por Aristóteles na *Retórica*. Sabemos também que Viehweg advoga que as suas considerações sobre a tópica e seu papel na construção de uma teoria da argumentação sejam lidas à luz da retórica, além, é claro, de sua afirmação de que a tópica constitui uma parte essencial da retórica tal como transmitida pela tradição²⁰.

Quanto ao primeiro aspecto – ligação entre dialética e tópica – podemos dizer que a dialética vem concebida por Aristóteles como uma arte da argumentação crítica, especializada em pôr à prova, em testar os argumentos, independentemente de seu tema. Ela serve, portanto, para a discussão em todos os âmbitos do conhecimento humano, enquanto instrumento de verificação de contradição e de conseqüências do raciocínio, de desenvolvimento mesmo de seus pressupostos. Conforme a terminologia de Oswaldo Porchat Pereira, ela pode ser dita uma “verdadeira indagação metódica das proposições em geral”.²¹

A utilidade de uma arte assim concebida, segundo Aristóteles, é tripla: o exercício, a preparação para os debates com nossos interlocutores, a investigação dos princípios da filosofia²². A primeira e a segunda são facilmente compreensíveis, como lembra Aristóteles, e

²⁰ Vide, a propósito, o Capítulo IV, especialmente o item 3.

²¹ Cf. PEREIRA, Oswaldo Porchat. *Ciência e Dialética em Aristóteles*. São Paulo: UNESP, 2001, p. 360.

²² Diz Aristóteles: “A continuación, se podría decir para cuántas y cuáles cosas es útil este estudio. Y lo es para tres cosas: para ejercitarse, para las conversaciones y para los conocimientos en filosofía. Pues bien, que es útil para ejercitarse resulta claro por sí mismo: en efecto, teniendo un método, podremos hábernoslas más fácilmente con lo que nos sea propuesto; para las conversaciones, porque, habiendo inventariado las opiniones de la mayoría, discutiremos con ellos, no a partir de pareceres ajenos, sino de los suyos propios, forzándoles a modificar aquello que nos parezca que no enuncian bien;”. *Tópicos*, I, 101 a 25-30.

utilizadas mesmo por quem não possui uma preparação técnica como a que a dialética se propõe a oferecer. A terceira, contudo, levanta maiores indagações, inclusive porque, como vimos, os raciocínios dialéticos são aqueles que partem de premissas aceitas pela opinião da maioria, de alguns ou dos mais sábios, parecendo contraditório a eles consignar agora a investigação de princípios da filosofia, a qual, como sabemos, é o reino da verdade e não da opinião²³.

Como Aristóteles expressamente afirma, contudo, a dialética, na medida em que nos permite investigar uma aporia em ambas as direções, nos possibilita com mais facilidade discernir o verdadeiro do falso²⁴. Na medida em que os princípios de todas as ciências são aqueles conhecimentos que não podem ser demonstrados, pois são primeiros e devem ser conhecidos por si mesmos, sob pena de cairmos numa regressão ao infinito, cabe à dialética exatamente o papel de investigá-los. Fornecidos os primeiros princípios, cada ciência desenvolver-se-á por intermédio de raciocínios demonstrativos, mas para encontrá-los faz-se uso das opiniões aceitas e plausíveis, das quais não se exige que sejam verdadeiras.²⁵

Não há, portanto, que se falar, conforme Porchat Pereira demonstra detalhadamente, acompanhando os diferentes momentos da construção argumentativa de Aristóteles, em uma cisão entre os diferentes

²³ PEREIRA, op. cit., p. 68, assim define o raciocínio demonstrativo, também chamado de apodíctico: "Temos, então, que o *instrumento* do conhecimento científico é uma espécie de silogismo que chamaremos demonstração, silogismo este cuja cientificidade se manifesta no mesmo fato de identificar-se sua posse (...) com o conhecimento científico. Não é a ciência o silogismo demonstrativo mas ele é o meio instrumental de sua efetivação, é o discurso de que ela sempre se acompanha. E não somente é o discurso silogístico o seu instrumento mas constitui também, uma forma de discurso em cuja mesma estruturação vamos encontrar transcritas as relações causais e necessárias que a ciência conhece". Grifos do autor.

²⁴ Assim discorre Aristóteles sobre este papel da dialética: "para los conocimientos en filosofía, porque, pudiendo desarrollar una dificultad en ambos sentidos, discerniremos más fácilmente lo verdadero y lo falso en cada cosa. Pero es que además es útil para las cuestiones primordiales propias de cada conocimiento. En efecto, a partir de lo exclusivo de los principios internos al conocimiento en cuestión, es imposible decir nada sobre ellos mismos, puesto que los principios son primeros con respecto a todas las cosas, y por ello es necesario discurrir en torno a ellos a través de las cosas plausibles concernientes a cada uno de ellos. Ahora bien, esto es propio o exclusivo de la dialéctica: en efecto, al ser adecuada para examinar [cualquier cosa], abre camino a todos los métodos". *Tópicos*, I, 101 a 30-35, 101 b. Vide também PEREIRA, op. cit., p. 370-371. A expressão "aporia", que utilizamos ao reproduzir a idéia da utilidade da dialética para a filosofia é sugestão de Porchat Pereira, ao passo que a tradução para o espanhol consigna apenas "dificuldades".

²⁵ Sobre a dialética como instrumento para a investigação dos primeiros princípios vide PEREIRA, op. cit., p.337-393.

modos de raciocinar, mas sim em uma unidade na qual estão reservadas diferentes funções à analítica e à dialética, de acordo com as diferenças intrínsecas que as constituem e que decorrem da natureza mesma das premissas que utilizam como ponto de partida.²⁶

Compreendido o contexto no qual se instaura para Aristóteles a dialética, podemos agora entender que os *topoi* constituem os meios dos quais a dialética se serve em seu papel de investigadora crítica. Cada *topos*, como propõe Porchat Pereira, pode ser entendido como uma “regra” para a pesquisa do que pode ou não ser predicado, extraídas de certas leis ou fórmulas genéricas que a dialética utilizará como premissas maiores de seus silogismos²⁷. Além dos *topoi*, os instrumentos elencados por Aristóteles e mencionados por Viehweg em sua explanação da tópica aristotélica constituem também os recursos disponíveis à dialética em sua função²⁸. Esclarecida a ligação entre tópica e dialética, resta ainda a pergunta sobre a relação de ambas com a retórica.

Aristóteles põe dialética e retórica lado a lado, quando considera que ambas ocupam-se de todos os tipos de saber, sem nenhuma “especialização” temática²⁹. A retórica é definida, pelo autor, como a arte de encontrar o que é persuasivo em cada caso³⁰. Destina-se, portanto, ao exame daquilo que se deve fazer com a intenção de conseguir a aceitação de um auditório para uma argumentação.

²⁶ PEREIRA, op. cit., p. 397, manifesta-se sobre a relação entre dialética e analítica do seguinte modo: “Esclarece-nos manifestamente, então, como a *Tópica* e a *Analítica* – ou, mais precisamente: a arte dialética e a doutrina do silogismo e da demonstração científica – representam momentos complementares dessa *Cultura* que o filósofo opõe às competências determinadas dos diversos saberes científicos, caracterizando-a por sua universalidade e por sua significação propedêutica. Ela compreende uma arte da argumentação crítica de que não pode, em geral, prescindir, como sabemos, o esforço da instauração científica; por outro lado, torna-se óbvio, também, que se orientam os passos da investigação dialética pelo conhecimento da doutrina da ciência, que vem precisar-lhes o sentido, definir-lhes as metas e indicar-lhes os limites de sua aplicabilidade”. Grifos do autor.

²⁷ Cfe. PEREIRA, op. cit., p. 365-366. Vide também a explanação de DEGADT, op. cit., p. 54-58.

²⁸ Vide VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, p. 23 da edição alemã e p. 26 da edição brasileira. Também ARISTÓTELES, *Tópicos* 105 a 20-35, 105b, 106 a, 106b, 107b, 108 a, 108b e PEREIRA, op. cit., p. 363-366.

²⁹ A *Retórica* de Aristóteles, inicia-se precisamente com essa afirmação: “La retórica es correlativa de la dialéctica, pues ambas tratan de cosas que en cierto modo son de conocimiento común a todos y no corresponden a ninguna ciencia determinada”. *Retórica*, I, 1, 1354 a.

³⁰ Cfe. ARISTÓTELES, *Retórica*, 1355 b 25-30: “Sea retórica la facultad de considerar en cada caso lo que cabe para persuadir. Pues esto no es la obra de ningún otro arte, ya que cada una de las demás es de enseñanza y de persuasión sobre su objeto...” E ainda: “...mas la retórica sobre cualquier cosa dada, por así decirlo, parece que es capaz de considerar los medios persuasivos, y por eso decimos que no tiene su artificio acerca de ningún género específico”.

Aristóteles não explica, contudo, em detalhes, a relação de similitude, a não ser por esse aspecto³¹. Parece razoável considerar, no entanto, que ambas movimentam-se no plano da opinião, pois a dialética certamente o faz, conforme examinamos, e a retórica, na medida em que se preocupa com a persuasão, deve utilizar-se daqueles dados já aceitos pelo auditório para, então, levá-lo ao convencimento sobre as novas idéias apresentadas. A dialética seria então a arte da argumentação crítica e a retórica a arte de investigar como os argumentos podem ser apresentados com vistas à persuasão.

Se aceita essa ordem de raciocínio, pode-se então considerar que a tópica forneceria – assim como o fez para a dialética – à retórica aquelas “regras”, leis ou fórmulas genéricas que gozam de aceitação e viabilizam a construção de argumentos persuasivos, os *topoi*. A persuasão adviria exatamente dessa vinculação com a opinião comum, manifestada e articulada nos *topoi* utilizados como pontos de partida.

Esclarecidas essas relações, ainda que de modo esquemático, podemos agora constatar que a dimensão argumentativa, por assim dizer, estava presente de modo explícito na tópica aristotélica, seja pela vinculação entre tópica e dialética, seja pela relação entre dialética e retórica. A segunda questão que levantávamos quando do exame das observações de Viehweg acerca da tópica aristotélica pode então ser rapidamente resolvida, no sentido de confirmar que o interesse do autor residia especialmente no caráter dialógico da tópica e na sua dimensão de instrumento de investigação³².

A natureza argumentativa da tópica em sua vinculação com a dialética e com a retórica leva-se também a recordar que o interesse de Viehweg na alusão de Vico fora justamente o de que esta constituía uma forma de pensar especialmente adequada ao âmbito do saber humano, do qual faz parte a Jurisprudência, e que estava sendo

³¹ Vide, a propósito, BERTI, Enrico. *As Razões de Aristóteles*. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 1998, p. 157-187.

³² BERTI, op. cit., ao discorrer sobre o modo como Aristóteles concebia a retórica em oposição aos seus antecessores, menciona explicitamente esse caráter argumentativo que ela recebe: “O que mais interessa na polêmica de Aristóteles contra Isócrates e, portanto, contra a retórica de tipo gorgiano é a nova concepção de retórica como arte da comunicação, não mais do puro encantamento ou da pura sugestão emotiva: por esse motivo a retórica de Aristóteles atraiu o interesse dos filósofos contemporâneos, seja como possível lógica do discurso político ou judiciário, seja como ocasião de recuperação da dimensão comunicativa da linguagem, para além daquela dimensão puramente instrumental própria da ciência e da técnica modernas”.

afastada pelo cartesianismo. Vimos, pela caracterização que à dialética dá Aristóteles, que ela ocupa-se com o plausível ou provável. Vejamos melhor como este aspecto da dialética e da tópica podem ser entendidos na construção aristotélica³³.

Trata-se, pois, de pensar aqueles âmbitos do saber nos quais trabalha-se com o plausível, com aquilo, conforme Aristóteles define, que não é sempre, que não ocorre necessariamente e nem do mesmo modo³⁴. Esta questão é de fundamental importância para entendermos a tese de Viehweg de que a Jurisprudência é tópica, bem como a sua insistência em utilizar o termo consagrado pela tradição que remete ao caráter prudencial do saber jurídico, cujo correspondente em grego é *phronesis* ou prudência.

Não se pode separar a indagação sobre a prudência em Aristóteles de sua teoria sobre o contingente. Aquilo que mais propriamente qualifica e separa a prudência da sabedoria científica é justamente o fato de que esta última se volta para o campo do necessário. A teoria da prudência, como domínio daquilo que pode ser diferentemente, depende, portanto, da definição de contingência que se extraia dos textos aristotélicos.

De acordo com Aubenque³⁵ o contingente para Aristóteles constitui-se daquilo que pode ser diferente, sem que o autor diferencie entre aquilo que freqüentemente ocorre e aquilo que acidentalmente ocorre. Porchat Pereira, examinando textos aristotélicos nos quais menciona-se o freqüente também como objeto da ciência, propõe que o contingente seja entendido como o domínio do acidental, aquilo que não ocorre sempre e nem na maioria das vezes. Assim, para esse último autor, necessário e freqüente compõem o campo do científico, enquanto que o acidente compõe o

³³ Nas *Refutações Sofísticas*, Aristóteles afirma que: "Nos habíamos propuesto, pues, encontrar una capacidad de razonar acerca de aquello que se nos planteara entre las cosas que se dan como plausibles; en efecto, ésta es la tarea de la dialéctica propiamente tal e de la crítica." Utilizamos a seguinte edição: *Refutaciones Sofísticas*. In *Tratados de Lógica (Organon)*. Libro I. Tradução e Notas de Miguel Candell Sanmartín. Madrid: Gredos, 1994, p.309-382. A passagem acima encontra-se em 183 a 35. A obra *Refutações* será citada sempre por esta edição.

³⁴ O verossímil é definido por Aristóteles na *Retórica*, 1357 a 35: "Lo verosímil es lo que ocurre general, mas no absolutamente, como algunos definen, sino que versa sobre lo que cabe sea de otra manera y se relaciona con aquello respecto de lo cual es verosímil como lo universal respecto de lo particular".

³⁵ Cfe. AUBENQUE, Pierre. *La Prudence chez Aristote*. 2. ed. Paris: Quadrige/PUF, 1997.

campo daquelas investigações que tratam com premissas problemáticas e que aqui interessam.³⁶

Outra distinção pode ser feita, no entanto, dentro do que consideramos o campo do contingente seguindo a Porchat Pereira. Como argumenta Ferraz Jr, no âmbito do contingente é preciso ainda distinguir entre aquilo que tende a um fim e aquilo que não tem finalidade³⁷. As coisas pertencentes a esta terceira categoria que examinamos – nem freqüentes e nem necessárias – seriam então para Aristóteles ou por acaso ou por acidente.

Por acaso, quando possuem causas nem freqüentes e nem necessárias, que produzem efeitos que lhes são próprios, tendendo a um fim determinado. Por acidente, quando por causas nem necessárias e nem freqüentes produzem efeitos que não lhes são próprios, ou seja, tendentes a um fim não determinado. Nesse último caso não há como proceder à ligação do efeito com as causas, porque nada nos garante a regularidade das relações produzidas³⁸. Conhecimento, portanto, somente poderia ser produzido no âmbito do acaso, quando as coisas nem freqüentes e nem necessárias tendem a um fim.

Delineado o campo do contingente, podemos agora investigar o que exatamente Aristóteles quis designar como prudência.

Embora a noção de prudência, enquanto virtude, venha desenvolvida por Aristóteles nas obras voltadas à Ética, ela não é compreensível sem que se examine estes outros fatores que dizem respeito à situação geral da intervenção do homem no mundo. Aubenque afirma, nesse sentido, que Aristóteles recorre à aná-

³⁶ Cfe. AUBENQUE, op. cit., p. 65-66: "...la prudence se meut dans le domaine du contingent, c'est-à-dire de ce qui peut être autrement qu'il n'est (...) C'est même par là que la prudence se distingue le plus clairement de la sagesse, qui, en tant qu'elle est une science, porte sur le nécessaire et, en tant qu'elle est la plus haute des sciences, porte sur les réalités le plus immuables et ignore le monde du devenir". Cfe. PEREIRA, op. cit., p. 183-184: "Acidente – aqui identificado aos resultados indeterminados que provém do acaso – e freqüente explicam-se como duas significações distintas e inconfundíveis do possível (...) e torna-se-nos manifesto que, aos olhos de Aristóteles, não se confunde o freqüente com o contingente, o que pode ser de outra maneira (...), o que é capaz de ser e de não ser (...). O freqüente é o que provém da (...), um necessário falho, por certo, mas não menos que um necessário estorvado e impedido. É a demonstração, por isso, que lhe diz respeito e não, a lógica da contingência, com suas premissas e conclusões problemáticas". Grifos do autor.

³⁷ Cfe. FERRAZ JR., Tercio S. *La Noción Aristotélica de Justicia*. Madrid: Atlántida, 7v., mar./abr., 1969, p. 171.

³⁸ Cfe. FERRAZ JR., *La Noción Aristotélica de Justicia*, op. cit., p. 171.

lise da ação e da produção para encontrar o horizonte apropriado para a prudência³⁹.

Agir e produzir significam introduzir-se na ordem do mundo para modificá-lo e isto implica supor que este comporta um certo jogo, uma certa indeterminação. O objeto da produção e da ação pertence portanto ao domínio daquilo que pode ser diferente, ou seja, do contingente. Se a disposição para produzir acompanhada pela regra se chama arte, a disposição para agir acompanhada pela regra se chama prudência⁴⁰.

É interessante lembrar, de acordo com Aubenque, que a concepção de ciência dos gregos e a de possibilidade de aplicação do conhecimento científico são distintas da concepção moderna. Para os gregos a ciência é uma explicação completa e não pode ser exercida senão suprimindo a contingência. A arte existe, exatamente porque não se pode dar explicação completa e conhecer de modo absoluto tudo⁴¹.

Na medida em que Aristóteles constrói uma espécie de paralelismo entre a arte e a prudência, também esta se diferencia da ciência exatamente nessa proporção: ela existe porque não podemos conhecer de modo absoluto aquilo que pode ser diferente⁴².

Se continuarmos a linha de raciocínio sobre a possibilidade da ação do homem no mundo, observamos que o resultado da discussão

³⁹ Cfe. AUBENQUE, op. cit., p. 66. Na *Ética a Nicômaco*, 1140 a, Aristóteles afirma: "En cuanto a las cosas susceptibles de ser de otra manera, las hay que suponen producción, otras suponen acción, siendo distintas la producción y la acción". A edição citada é a seguinte: *Obras*. Tradução e notas por Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar, 1986.

⁴⁰ Cfe. AUBENQUE, op. cit., p. 66. Vide também, para a discussão da diferença entre agir e produzir, ARENDT, op. cit., p. 15-26 e p. 188 e ss.

⁴¹ Cfe. AUBENQUE, op. cit., p. 69: "Pour comprendre ce cheminement de pensée, il faut évidemment se libérer de la mentalité moderne, qui tend à voir dans la technique une *application* de la science. Encore cette dernière conception n'a-t-elle de sens que parce que la science moderne se contente de suivre dans la nature des séries causales multiples, dont la pluralité même laisse une part à la contingence et donc un champ à la activité humaine. Mais, pour un Grec, la science est une explication totale et ne peut donc se développer qu'en supprimant la contingence. L'art meurt donc de trop de science et, inversement, il n'a de place et de sens que dans la mesure où la science n'explique ni ne *peut* expliquer toutes choses". Vide, sobre a transformação na concepção de ciência desde os gregos, ARENDT, op. cit., *passim*. Grifos do autor.

⁴² Isto fica claro se observamos a ordem do tratamento dado à questão na *Ética a Nicômaco*, livro VI, 1139b-1140b. Aristóteles começa pela natureza da ciência e sua vinculação com o que é necessário para chegar às coisas que podem ser de outra maneira, separando ação e produção, para só então abordar o que é a prudência. Vide também FERRAZ JR., *La Noción Aristotélica de Justicia*, op. cit. p. 171-172 e PEREIRA, op. cit., p. 178-192.

nos levou a uma situação na qual precisamos rejeitar o domínio da ação como aquele do acidente, conforme o conceituamos acima, seguindo a Ferraz Jr. Se não há nenhuma possibilidade de previsão, não há também porque agir, o que também inviabiliza a ação do homem no mundo. O mundo tornar-se-ia refratário à ação humana não porque tudo é necessário, mas exatamente porque tudo é acidental.

Assim, constatamos que o domínio propriamente dito da ação é aquele das coisas que acontecem por acaso, nem necessárias e nem frequentes e tendentes a um fim. Sua ocorrência continua sendo incerta e elas comportam a indeterminação, mas é possível agir com finalidade, embora não se tenha garantia de que a relação de causa e efeito seja sempre alcançada⁴³.

A prudência é, assim, uma virtude do homem que precisa deliberar sobre o que deve ou não fazer num mundo que não se deixa conhecer de modo absoluto⁴⁴. Isso significa dizer, de outra parte, que a indeterminação do futuro (pela combinação imprevisível das possibilidades) é também o que permite que o homem possa agir no mundo, alterando-o. A teoria da ação e a da contingência são duas faces da mesma moeda, diz Aubenque⁴⁵.

Esse homem que precisa deliberar, e mais exatamente bem deliberar, não poderá fazê-lo sobre tudo, mas apenas sobre as coisas que dependem de nós, como expressamente lembra Aristóteles⁴⁶.

⁴³ Cfe. AUBENQUE, op. cit., p. 107. Vide também FERRAZ JR., La Noción Aristotélica de Justicia, op. cit., p. 171-172.

⁴⁴ Cfe. AUBENQUE, op. cit., p. 95: "la prudence sera cette vertu des hommes voués à délibérer dans un monde obscur et difficile, dont l'inachèvement même est une invitation à ce qu'il faut bien nommer leur liberté: la prudence, dira la *Grande Morale*, est une 'disposition à choisir et à agir concernant ce qu'il est en notre pouvoir de faire et de ne pas faire'".

⁴⁵ Cfe. AUBENQUE, op. cit., p. 106: "La théorie de la contingence et celle de l'action droite ne sont que l'envers et l'endroit d'une même doctrine: l'indétermination des futurs est ce qui fait que l'homme en est le principe; l'inachèvement du monde est la naissance de l'homme."

⁴⁶ Na *Ética a Nicômaco*, 1140 a, Aristóteles afirma: "Por otra parte, nadie delibera sobre aquello que tiene un carácter de necesidad ni sobre aquello que se halla fuera de su alcance. Por eso, puesto que la ciencia va acompañada de demostración, pero no hay demostración plausible de las cosas cuyos principios pueden ser de otra manera (pues todas ellas pueden ser por igual de otra manera), y puesto que no es posible deliberar sobre lo que posee un carácter de necesidad, resulta de ello que la prudencia no podrá ser ni una ciencia ni un arte. No podrá ser una ciencia, porque lo que es del orden de la acción puede ser de otra manera, como tampoco podrá ser un arte, porque acción y producción son de distinto género."

A Tópica e a Jurisprudência

É desse discurso vinculado à deliberação que Aristóteles faz a teoria na *Retórica*, segundo Aubenque. Imprescindível, assim, considerar que os gêneros de discurso são classificados na *Retórica*, segundo o auditório ao qual se endereçam e quanto ao tempo que têm como objeto. Quando o auditório não é apenas espectador, mas juiz, e o seu julgamento versa sobre o futuro, o discurso será deliberativo. Quando for juiz e sua atenção estiver voltada para o passado, será um discurso judiciário. Se do auditório espera-se uma atitude passiva e o objeto versa sobre o presente, o discurso será o epidíctico⁴⁷.

Ora, o tempo é aqui fundamental, porque se admitirmos que a deliberação versa sobre o futuro, estaremos supondo (ou ao menos esperando) também a possibilidade da eficácia da deliberação nesse futuro. A contingência ganha aqui o contorno de espaço de construção⁴⁸.

Como salienta Ferraz Jr., as dificuldades de determinação do objeto próprio da vida prática do homem, do objeto ético, levam exatamente à necessidade de um método específico de tratamento das opiniões que permita selecioná-las, criticá-las e tomá-las como base para a deliberação⁴⁹. A existência da dialética enquanto recurso para este trabalho encontra seu sentido, portanto, na própria contingência da realidade na qual vive o homem.

É nessa caracterização mais ampla do pensamento de Aristóteles, no que diz respeito à tópica na sua relação com a dialética e com a retórica, que está a chave da recuperação da tópica empreendida por Viehweg. Diante da contingência característica do objeto ético, do qual faz parte o Direito, a Jurisprudência encontra seu modo de ser exatamente na dimensão argumentativa.

Se podemos falar, como veremos mais adiante, em uma aporia constante e constitutiva de nossa disciplina – a da justiça – então a sua

⁴⁷ Cfe. AUBENQUE, op. cit., p. 111.

⁴⁸ Cfe. AUBENQUE, op. cit., p. 112 : “Ici encore, nous apercevons l’ambivalence de l’expérience aristotélicienne du temps. Si nous délibérons sur l’avenir, c’est qu’il nous est caché, et le fait d’avoir à délibérer est, dans l’absolu, une imperfection. Mais notre délibération n’est pas seulement la recherche laborieuse d’un savoir qui nous échappe; elle ne se borne pas à supputer un avenir qu’il appartiendrait seulement aux dieux et aux devins de connaître, à la façon dont les stratèges en chambre évaluent les chances d’un combat auquel ils ne participent point. La délibération consiste à combiner des moyens efficaces en vue de fins réalisables. C’est donc que l’avenir nous est ouvert. (...) Ainsi l’analyse d’Aristote manifeste-t-elle le lien profond entre une philosophie de la contingence et la pratique du système démocratique, c’est-à-dire délibératif”.

⁴⁹ Cfe. FERRAZ JR. *La Noción Aristotélica de Justicia*, op. cit., p. 172-173. Vide também AUBENQUE, op. cit., p. 113.

técnica de construção possivelmente se adapte ao teorizado e organizado por Aristóteles. Rastrear historicamente a continuidade, ainda que subliminar, da tópica na Jurisprudência, é, como vimos no item I deste Capítulo, a intenção de Viehweg, que prossegue sua análise da tópica recorrendo a Cícero.

No que diz respeito à tópica de Cícero, Viehweg afirma que esta teve uma maior influência histórica do que a aristotélica. Inicia sua análise reportando-se ao contexto no qual a *Tópica* de Cícero foi escrita e menciona em detalhes a circunstância de ela ser dirigida a um jurisconsulto romano, ao qual Cícero a dedica e para o qual a escreve como uma espécie de receituário prático. O interesse dessa obra era, portanto, para Cícero e para Trebatius Testa (o destinatário do texto), compreender a *Tópica* de Aristóteles como um meio de dispor de elementos de prova aplicáveis a todas as discussões imagináveis⁵⁰.

Desse modo, afirma Viehweg, a tópica de Cícero tem um caráter mais orientado para a práxis do que para a fundamentação filosófica, desaparecendo dela a distinção aristotélica entre o apodíctico e o dialético que examinamos acima. Aparece em seu lugar a distinção entre invenção e formação do juízo⁵¹, influência do pensamento estóico⁵².

Aristóteles havia pensado as duas – a dialética e a analítica ou lógica, conforme vimos – enquanto que os estóicos dedicam-se apenas à segunda, qualificando-a de dialética (aqui no sentido de lógica, de ciência). Cícero propõe-se trabalhar com a segunda, mas principia pela retórica⁵³. Não faz, contudo, uma ordenação teórica dos *topoi*, mas um catálogo de uso prático, afirma Viehweg⁵⁴.

⁵⁰ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 26 da edição alemã e p. 28 da edição brasileira. A relação entre Cícero e Trebatius Testa, bem como o interesse de ambos fica expresso nos parágrafos iniciais da obra, I, 2-5. Cfe. Cícero. *Tópica*. Tradução e apresentação por H. M. Hubbell. Cambridge/London: Harvard University Press, 1993 (Loeb Classical Library). Todas as citações da *Tópica* de Cícero serão feitas por esta edição. Vide também a introdução do tradutor, p. 377-381 do referido volume.

⁵¹ Cícero afirma, em *Tópica*, II, 6: "Every systematic treatment of argumentation has two branches, one concerned with intention of arguments and the other with judgement of their validity".

⁵² Para uma análise da obra de Cícero e das influências teóricas por ele sofridas pode-se consultar o ensaio introdutório de Salvador Núñez na edição do *De Inventione*, cuja referência é: CICERÓN. *La Invención Retórica*. Tradução, introdução e notas de Salvador Núñez. Madrid: Gredos, 1997, p. 7-74.

⁵³ Cfe. Cícero, em *Tópica*, II, 6-7: "Aristotle was the founder of both in my opinion. The Stoics have worked in only one of the two fields. (...) For my part, I shall begin with the earlier, since both are useful in the highest degree, and I intend to follow up both, if I have leisure".

⁵⁴ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 26-27 da edição alemã e p. 27-29 da edição brasileira.

A Tópica e a Jurisprudência

Cícero propõe uma comparação para explicar a importância da investigação dos *topoi*. Assim como, diz ele, é mais fácil encontrarmos os objetos escondidos quando podemos determinar e provar o lugar de sua situação, da mesma maneira se queremos aprofundar uma matéria qualquer, temos que conhecer seus *topoi*. Aristóteles, afirma Cícero, chama assim os lugares-comuns de onde se extrai o material para a demonstração⁵⁵.

Os *topoi* são definidos, para Cícero, como lugares-comuns de um argumento e um argumento é considerado como um procedimento de raciocínio que estabelece firmemente um assunto ou questão sobre o qual há alguma dúvida⁵⁶.

Estes *topoi* são classificados em científicos ou técnicos, quando ligados com o assunto de que se trata, e atécnicos, quando procedem de fora do assunto e expostos durante o restante da obra de Cícero⁵⁷. A essa exposição Viehweg dedica alguns comentários nos quais resume a ordem na qual os *topoi* são expostos e quais são os pontos mais importantes. Salienta ainda a teoria do *status*, que provém do processo penal romano e é estendida por Cícero do gênero judicial aos demais gêneros retóricos: deliberativo e epidíctico⁵⁸.

Viehweg encerra então a análise dizendo que Aristóteles projetou em sua tópica uma teoria da dialética enquanto arte da discussão e, nesta intenção, ofereceu um catálogo de *topoi* estruturado de forma flexível e útil à práxis. Esse último aspecto interessou a Cícero, que, segundo Viehweg, entendeu:

(...) a tópica como uma *praxis* da *argumentação*, a qual maneja o catálogo de *topoi* que ele esquematizou bastante. Enquanto Aristóteles trata, em primeiro lugar, ainda que não de modo exclusivo, de formar uma teoria, Cícero trata de aplicar um catálogo de

⁵⁵ Cfe. Cícero, *Tópica*, II, 8: "A comparison may help: Its easy to find things that are hidden if the hiding place is pointed out and marked; similarly if we wish to track down some arguments we ought to know the places or topics: for that is the name give by Aristotle to the 'regions', as it were, from which arguments are drawn." Vide também Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, p. 27 da edição alemã e p. 29 da edição brasileira.

⁵⁶ Cfe. *Tópica*, II, 8: "Accordingly, we may define a topic as the region of an argument, and an argument as a course of reasoning which firmly establishes a matter about which there is some doubt." Vide também Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, p. 27 da edição alemã e p. 29 da edição brasileira.

⁵⁷ Cfe. *Tópica*, II, 8 e ss.. Cfe. também *Topik und Jurisprudenz*, p. 27-28 da edição alemã e p. 29-30 da edição brasileira.

⁵⁸ Vide *Tópica*, XIV, 93-95.

topoi já pronto. Àquele interessam essencialmente as causas; a este, em troca, os resultados⁵⁹.

É importante advertir que Viehweg considera que o ponto de vista prevalecente sobre a tópica na tradição posterior foi o de Cícero e não o de Aristóteles. Como parte da retórica a tópica manteve-se na formação educacional antiga, foi recebida na Idade Média e cultivada como escolástica⁶⁰. Vejamos o que o autor diz sobre o período histórico subsequente, para então retomarmos a tese central de que a Jurisprudência é tópica.

3. A Estrutura Tópica da Jurisprudência: do *Ius Civile* ao *Mos Italicus*

Viehweg começa a análise pelo *ius civile* romano e sua primeira observação é a de que não se encontra nele um espírito sistemático nem deduções de grande alcance. Para comprovar essa constatação, afirma, basta selecionar um grupo de textos do *Digesto*, o mais extenso possível, e analisá-los sob esse ângulo⁶¹.

Viehweg examina, a seguir, um exemplo concreto retirado do *Digesto* de Juliano para ressaltar que nele encontra-se um nexo pleno de sentido, no entanto, não um nexo sistemático. Oferece-se nele, diz o autor, uma série de soluções para um complexo de problemas. Buscam-se e fixam-se pontos de vista que não aparecem unicamente no texto em questão, mas procedem de outros contextos similares, nos quais já haviam encontrado reconhecimento e comprovação. A especificidade e por isso, a diferença desse tipo de construção fica mais óbvia se contraposta a um sistema jurídico conceitual, o qual pode ser encontrado facilmente em um manual da pandectística⁶².

Assim, afirma Viehweg, “o jurista romano coloca um problema e trata de encontrar argumentos. Vê-se, por isto, necessitado de desenvolver uma *techné* adequada. Pressupõe irrefletidamente um nexo que não pretende demonstrar, porém dentro do qual se move. Esta é a postura fundamental da tópica”⁶³.

⁵⁹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 29 da edição alemã e p. 31 da edição brasileira.

⁶⁰ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 29-30 da edição alemã e p. 31-32 da edição brasileira.

⁶¹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 46 da edição alemã e p. 45 da edição brasileira.

⁶² Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 48 da edição alemã e p. 47 da edição brasileira.

⁶³ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 50 da edição alemã e p. 48 da edição brasileira.

A Tópica e a Jurisprudência

É importante lembrar, de acordo com o autor, que nesse mesmo momento histórico desenvolvia Euclides um método de trabalho totalmente distinto. Este método de pensamento sistemático, empregado na matemática, estava muito longe dos juristas romanos, que moviam-se em um espaço cultural cujos fundamentos eram, no mínimo, similares aos dos retóricos⁶⁴. Não é porque não se podia falar em sistematização que os juristas romanos não trabalhavam a partir desse pressuposto, mas o faziam porque concebiam sua tarefa como pertencente a uma categoria diferente daquela da matemática.

Viehweg analisa longamente o modo de aparecimento da tópica na construção dos juriconsultos romanos, salientando sobremaneira a vinculação que a referida construção guarda com o problema do qual parte. Para tanto, faz um exame de um trecho do *Digesto* de Juliano, utilizando-o para mostrar em detalhes como o modo de trabalho dos juristas romanos afeiçoa-se à tópica⁶⁵.

Essa ligação necessária com o problema implica, afirma Viehweg, em afastar-se a possibilidade de submeter os conceitos e as posições desenvolvidas a uma sistematização. O fato de ser pouco afeiçoa a vinculações parece contrapor a tópica ao direito, na medida em que este trabalha com a fixação de condutas. Isto não é, no entanto, necessário, e mesmo quando há uma positivação o papel da tópica permanece importante⁶⁶.

Nesse sentido, diz Viehweg, observa-se claramente como no *ius civile* evitam-se as positivações tanto quanto possível. Isto transparece no escasso número de leis durante um longo período de tempo e no caráter elástico da *lex annua* do pretor. Mas mesmo essas positivações foram feitas à maneira da tópica, isto é, por tentativas, buscando o direito e aparecendo as leis apenas como a primeira fase desta busca na medida em que se tornavam fontes do direito⁶⁷.

⁶⁴ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 50-51 da edição alemã e p. 48-49 da edição brasileira. Ao encerrar a análise do *ius civile*, diz o autor: "Independentemente da questão histórica, ainda não esclarecida em seus aspectos particulares, há que observar o seguinte: quando se diz que o método científico dos juristas procede dos filósofos, pressupõe-se que em uns e em outros se pode encontrar uma estrutura idêntica ou pelo menos muito parecida. Como procuramos demonstrar, isto é substancialmente certo para a aporética filosófica por uma parte e para a jurisprudência romana por outra, pois em uma e outra domina um modo de pensar tópico. Pode-se, por isto, afirmar, sem discutir a questão da influência, que em ambos os campos existe um estilo de pensamento que, em linhas gerais, corresponde à dialética aristotélica". Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 61 da edição alemã e p. 56 da edição brasileira.

⁶⁵ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 46-47 da edição alemã e p. 45-46 da edição brasileira.

⁶⁶ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 52-53 da edição alemã e p. 50-51 da edição brasileira.

⁶⁷ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p.54 da edição alemã e p. 51 da edição brasileira: "Como seu conteúdo se baseia implicitamente em positivações mais profundas, formadas à vista de determinadas situações de problemas, podem ser aplicadas de modo extensivo por aqueles que podem compreender indubitavelmente estas situações".

Feita a positivação, abre-se um novo campo de trabalho no qual a tópica pode auxiliar. Frente a problemas novos é preciso encontrar meios de anular a perda de flexibilidade. Isto ocorre por meio da interpretação que contempla as modificações nas relações sociais até que nova legislação venha incorporá-las. Na interpretação a tópica retorna à cena⁶⁸.

O *ius civile* tem claramente como objeto principal, afirma Viehweg, uma coleção de *topoi*, e suas proposições diretivas justamente empregadas enquanto tal, são o objetivo de todo o esforço. As proposições são aceitas como regras na medida em que se legitimam pela aceitação por homens notáveis e não por seu caráter de exemplo último e necessário, são dialeticamente (em sentido aristotélico) justificadas⁶⁹.

O quadro assim delineado suscita a pergunta se este procedimento é concebido como científico ou não. Esta não é uma preocupação dos juristas romanos, embora o seja de Aristóteles, que procurou estabelecer claramente a distinção entre *techné* e *episteme*, como vimos acima. O mais seguro, afirma Viehweg, é entender que a distinção aristotélica não se ajustava à consciência geral da Antigüidade e havia uma conexão relativamente estreita entre *techné* e *episteme*, o que torna muito difícil fixar univocamente o sentido de ambas as palavras e encontrar seus equivalentes exatos em latim⁷⁰.

Assim, afirma Viehweg, “os qualificativos da jurisprudência, como *ars*, *disciplina*, *scientia* ou *notitia*, que encontramos nos juristas, não podem pretender uma valoração rigorosa do ponto de vista de uma teoria da ciência, porque por trás dele existe um interesse muito pequeno pela teoria”. Caso desejássemos, mesmo assim, aplicar a distinção aristotélica, ter-se-ia de situar o *ius civile* dentro da *techné*⁷¹.

Ao passar à análise do *mos italicus*, Viehweg justifica sua escolha pelo referido momento histórico argumentando que este sofreu grande influência do pensamento da Antigüidade, o qual, como vimos, caracterizava-se por um estilo tópico. Além disso, perdurou por longo período quase sem críticas e significou o encerramento de toda essa evolução⁷².

É muito menos duvidoso, afirma Viehweg, que os pós-glosadores e os glosadores estivessem familiarizados com a tópica. Sua formação cultural o evidencia. Nesse sentido, a vinculação entre Jurisprudência e

⁶⁸ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 54-55 da edição alemã e p. 51-52 da edição brasileira.

⁶⁹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 55-56 da edição alemã e p. 52-53 da edição brasileira.

⁷⁰ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 58 da edição alemã e p. 54 da edição brasileira.

⁷¹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 58-59 da edição alemã e p. 54-55 da edição brasileira.

⁷² Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 31 da edição alemã e p. 59 da edição brasileira.

A Tópica e a Jurisprudência

retórica na Idade Média aparece de modo mais claro do que na Antigüidade⁷³. Os eruditos medievais do direito, diz Viehweg,

(...) de acordo com os planos de estudos então vigentes, antes de poderem dedicar-se a seus estudos especiais (*studia altiora, difficiliora et graviora*) tinham de ter estudado as *septem artes liberales*. No *Trivium* (*artes triviales, sermonicales, racionales*), ocupavam-se da retórica e, com ela, de sua peça modular, a tópica⁷⁴.

A falta de sistematicidade do procedimento dos glosadores e pós-glosadores, característica dessa sua vinculação com a tópica, foi uma das principais críticas dirigidas ao *mos italicus* a partir do século XVI. As tentativas, diz Viehweg, de autores contemporâneos encontrarem no *mos italicus* o que chamam de um impulso para um tratamento sistemático, revelam-se infundadas se se analisar o procedimento do *mos italicus* com maior cuidado.

Para os referidos autores, esse impulso seria encontrado na técnica das divisões e distinções e na classificação que acontece nas visões de conjunto que os comentadores antepõem a cada título. Os críticos do século XVI e XVII, no entanto, criticam o *mos italicus* como assistemático, porque entendem o sistema como uma dedução completa e nos comentários do *mos italicus* não se percebe nada que se assemelhe a uma dedução no sentido próprio do termo⁷⁵.

Viehweg afirma que, da mesma maneira que na Antigüidade, a Jurisprudência na Idade Média continua orientando-se para o problema e necessitando, portanto, de uma *techné* adequada. A Jurisprudência desse período enfrenta, no entanto, problemas novos, porque faz parte de uma cultura vinculada a textos que correspondiam a uma outra realidade histórica. Esses textos são, ademais, vistos com uma confiança absoluta, como se transmitissem algo sempre válido, a própria ordem do mundo⁷⁶.

Desse contexto surgem dois tipos de problemas que a Jurisprudência precisa resolver. O primeiro é como dissolver contradições entre textos, e o segundo, como estabelecer correlação adequada entre situações. Nos dois casos a tópica serve como meio auxiliar de resolução, através da interpretação ou exegese⁷⁷.

⁷³ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 62 da edição alemã e p. 59 da edição brasileira.

⁷⁴ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 62-63 da edição alemã e p. 59 da edição brasileira.

⁷⁵ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 65 da edição alemã e p. 61 da edição brasileira.

⁷⁶ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 66-67 da edição alemã e p. 62 da edição brasileira.

⁷⁷ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 67 da edição alemã e p. 62-63 da edição brasileira.

No que diz respeito ao primeiro problema – falta de acordo entre os textos –, Viehweg aponta o seguinte procedimento: as contradições (*contrarietates*) das fontes provocam dúvidas (*dubitaciones, dubietates*), uma discussão (*controversia, dissensio, ambiguitas*) deve então ser realizada para que se chegue a uma solução (*solutio*)⁷⁸.

Um dos modos de encontrar a solução consiste na chamada elaboração de concordâncias, para a qual existem diferentes meios⁷⁹. O mais simples é a subordinação de autoridades, no qual se diferencia o âmbito de validade de cada texto de acordo com o grau hierárquico da autoridade que o emitiu. Nem sempre, no entanto, ele é utilizável, porque as autoridades podem ter todas a mesma dignidade.

A fixação e a legitimação da técnica de elaboração de concordâncias que aparece claramente no *mos italicus* podem ser buscadas no século XI⁸⁰, quando se trava uma intensa polémica no interior da Igreja Católica sobre o uso dos instrumentos da dialética para interpretar as Escrituras. Os resultados desse embate nos interessam particularmente porque, ao seu final, afirmam os historiadores⁸¹, a dialética torna-se um instrumento de uso comum, que vai ser usado como instrumento de sistematização e produção de concordância.

A curiosa combinação de uso dos instrumentos da razão, notadamente da dialética, com a afirmação da autoridade do texto tão peculiar desse período histórico – no qual podemos encontrar um estilo de pensamento propriamente caracterizável como dogmático⁸² – não

⁷⁸ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 67 da edição alemã e p. 63 da edição brasileira.

⁷⁹ A elaboração de concordâncias é uma característica constante do trabalho teológico e do trabalho jurídico durante a Idade Média, em razão da vinculação que o pensamento desta época guarda para com os textos da Antiguidade e para com a Bíblia. A respeito vide CASSANDRO, Giovanni. *Lezioni di Diritto Comune*. Iv. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1980.

⁸⁰ Sobre a continuidade entre glosadores e pós-glosadores no que tange a sua formação e ao uso dos instrumentos da retórica e da dialética, incluindo-se aí a tópica, vide BRUGI, Biagio. *Il Metodo dei Glossatori Bolognesi*. In *Studi in Onore di Salvatore Riccobono nel anno XL del suo Insegnamento*. Iv. Palermo: G. Castiglia, 1936, p. 23-31, especialmente p. 25.

⁸¹ Cfe. CASSANDRO, op. cit., p. 21: “La lotta continuò aspra nel secolo successivo e mi pare che si conchiudesse - se mai si concluse -, nel senso che, se alla dialettica non fu dato di penetrare nell'intimità della realtà, di segnare di questa i confini, in una parola dominarla, restava incontrastata la sua funzione di arte autonoma del ragionamento, diventando non diró una scienza laica, ma sottolineando il carattere di indipendenza dalla scienza sacra, in coerenza con un motivo caratteristico della civiltà occidentale, posto giustamente in rilievo dal Bréhier, in ragion del quale, a differenza che in Oriente (cristiano o pagano che fosse), tutta l'attività intellettuale non si limitò allo studio delle cose sacre.”

⁸² Vide a respeito WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Tradução de Botelho Hespánha, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p.48.

significou (e não podia significar, dada a necessidade de adaptá-los às novas realidades) uma aceitação não criativa dos referidos textos, mas ao contrário, o seu uso denota um apropriar-se dos mesmos, transformando-os para atualizá-los. Compreender significa, nesse sentido, fazer próprio, apropriar-se⁸³.

Em todas as áreas do pensamento humano há esta vinculação com um texto, e o modelo de trabalho, basicamente exegético, é retirado da tradição de manuseio das Sagradas Escrituras. Isto significa que o intérprete não está autorizado a afastar ou interferir explicitamente no sentido do texto, daí o necessário uso de refinados instrumentos lógicos para produzir novos sentidos sem explicitar-se tal operação. Essa técnica de manuseio dos textos encontra suas raízes mais remotas na antiga retórica, em particular na tópica, e atinge seu pleno desenvolvimento na experiência baixo-medieval. Seus mais notáveis resultados foram exatamente alcançados na teologia e na ciência jurídica, afirmam os historiadores⁸⁴. O *mos italicus* trabalha basicamente a partir desses resultados.

A marca peculiar desse método de trabalho é a enunciação das verdades da fé através dos instrumentos da razão, e daí a importância da luta em torno da legitimidade do uso da dialética na interpretação bíblica acima mencionada. O texto que é seu objeto é encarado como *ratio scripta*, e por isso não se questiona a sua veracidade. O que se faz é explicitá-lo, torná-lo mais claro e acessível, mostrando assim a verdade da fé⁸⁵. Mas é fundamental não confundir a razão que a concepção medieval exercita com a que posteriormente o Iluminismo desenvolverá⁸⁶.

⁸³ Diz em tom poético, CASSANDRO, op. cit., p.23: "Comprendere significa anche capire, fare proprio: il che non è possibile senza interpretare o commentare il testo dischiuso davanti agli occhi."

⁸⁴ Cf. CASSANDRO, op. cit., p. 46: "Lo studio si eleva e si fonda sopra l'autorità della parola scritta e tramandata: delle Scritture dei Padri della Chiesa, dei Concili, delle opere di Aristotele, di Ippocrate, di Galeno, di Tolomeo e via enumerando, in relazione agli interessi che muovono alla ricerca e all'indagine. Ogni *ars* (che noi moderni possiamo tradurre anche col termine di scienza), ha il suo fundamento nell'autorità di un libro, e da questo, interpretato e comentato, perché altri lo intendano, consegue la sua. Va da sé che le cose non possono essere andate diversamente per l'*ars iuris*." E também SANTARELLI, Umberto. *L'Esperienza Giuridica Basso-Medievale: lezioni introduttive*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1980, p.118-119.

⁸⁵ Resume bem WIEACKER, op. cit., p. 49: "Esta teoria da exegese textual também não pretende, portanto, comprovar com os seus meios lógicos a verdade do texto revelado ou fielmente transmitido pela tradição, mas antes aboná-lo..."

⁸⁶ Cf. CASSANDRO, op. cit., p.222: "La verità, che risplende agli occhi del dotto medievale, è in primo luogo verità rivelata, autorità. La *ratio* è lo strumento per dimostrare la fondatezza di questa verità che è data all'uomo, non è creata dall'uomo." E também WIEACKER, op. cit., p. 49 e ss.

Mais do que verdades criadas pelo homem são verdades dadas ao homem, que as alcança mediante o uso da razão como mero instrumento.

Entende-se então porque a glosa⁸⁷ e a produção de concordâncias entre textos de autoridades reconhecidas são as grandes preocupações desse período histórico. Nos *mos italicus* encontra-se ainda e substancialmente a mesma cultura fundamental⁸⁸.

Dentre os outros meios, os mais importantes são a distinção (diferenciação) e a divisão (partição)⁸⁹. Estas duas formas

projetam - para dizê-lo brevemente - uma ordem na qual cada um dos textos se mantém dentro do limitado círculo de validade que se lhe atribui. Sem invenção e, portanto, sem tópica, dificilmente é possível fazer isto. Os *topoi* retóricos gerais semelhante e contrário (*similia, contraria*) servem de guia para este fim⁹⁰.

Viehweg analisa a seguir um exemplo do procedimento da distinção e divisão tomado da obra de Platão (se o pescador que pesca com anzol é dotado de uma arte ou não) a fim de ressaltar a sua vinculação com a tópica. Essa vinculação pode ser percebida quando se observa que nesse procedimento busca-se um conceito que pareça um ponto de partida adequado e aceitável, dividindo-o na medida em que se introduz uma diferenciação. Essas separações pela diferenciação são feitas até que se obtém o conceito a ser ordenado, produzindo-se assim uma ordem na qual cada noção tem o seu lugar⁹¹.

A técnica das distinções parece ser muito mais ligada ao sistema do que ao procedimento tópico, contudo somente é possível afirmar que elas pertencem a um sistema dedutivo quando podem ser logicamente inferidas. Nesse caso, poder-se-ia construir silogismos e

⁸⁷ A própria etimologia da palavra "glosa" e seu posterior alargamento semântico o atestam, como mostra SAVIGNY, op. cit. Friedrich Karl von. *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*. Iv., tomo 2, 2. parte. Firenze: Vincenzo Battelli e Compagni, 1844, p.337: "Glossa, che negli antichi grammatici indicava una espressione inintelligibile o oscura, ricevette dipoi una doppia estensione. Prima si chiamò glossa l'interpretazione di essa parola inintelligibile con una parola nota e sinonima, dipoi si chiamò glossa qualunque commento, anco quello che aveva per oggetto non le parole del testo, ma il fondo delle cose."

⁸⁸ Vide WIEACKER, op. cit., p. 63-67.

⁸⁹ Vide a esse respeito WIEACKER, op. cit., p. 53.

⁹⁰ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 67-68 da edição alemã e p. 63 da edição brasileira.

⁹¹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 68 da edição alemã e p. 63 da edição brasileira. O exemplo referido pode ser encontrado no diálogo platônico *O Sofista*, 219 - 221c.

estes seriam o meio de dissolver as contradições, tornando-as aparentes, afirma Viehweg⁹².

A tópica, diz Viehweg, reaparece sempre que em uma operação lógica se introduzem novos pontos de vista objetivos. A técnica de concordâncias que examinamos atua tanto na seleção do conceito inicial quanto na escolha das distinções. Por seu procedimento gradual chega-se à invenção bem sucedida. Essa contraposição realizada entre a partição ou distinção dos conceitos e a dedução lógica lança uma “luz muito significativa sobre a tópica”⁹³.

O segundo dos problemas anteriormente levantados – a correlação entre situações que justificam a aplicação de um texto – é mencionado por Viehweg como um assunto tópico tão claro e familiar à Jurisprudência que exige apenas um tratamento breve. Segundo o autor, buscam-se e encontram-se pontos de vista que justifiquem a aplicabilidade do texto. A necessidade do procedimento é determinada pelo caráter paradigmático do texto e pela diferença entre as situações problemáticas que dão causa ao surgimento do texto e o seu contexto atual de aplicação. Um procedimento de tal ordem contém necessariamente arbitrariedades lógicas, diz Viehweg, mas é ele que torna possível a construção contínua do “mundo das formas jurídicas”⁹⁴.

Além dos aspectos acima mencionados, podemos encontrar evidências da importância da tópica para o pensamento medieval na sua preocupação em fixar um procedimento prático que reproduzia a reflexão de busca de premissas em uma fórmula, claramente em um esquema tópico. Esta fórmula consistia, com algumas variações de autor para autor, nos seguintes passos: fixação do problema, pontos de vista próximos, pontos de vista contrários, solução e objeções possíveis à solução. Viehweg realiza então uma análise exemplificativa com os comentários de Bartolo ao *Digesto*, a fim de mostrar como esta fórmula encontra-se ali empregada⁹⁵.

⁹² Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 69 da edição alemã e p. 64 da edição brasileira.

⁹³ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 69 da edição alemã e p. 64 da edição brasileira.

⁹⁴ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 69-70 da edição alemã e p. 65 da edição brasileira.

⁹⁵ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 70-73 da edição alemã e p. 66-67 da edição brasileira. Viehweg ampara-se também na análise de COING, Helmut. *Die Anwendung des Corpus Iuris*. In. *L'Europa e il Diritto Romano*: Studi in Memoria de Paolo Koschaker. Iv. Milano: Giuffrè, 1954, p. 73-97. O esquema referido é também abordado por Coing que os refere aos Comentários de Bartolo. Vide especialmente p. 76 e ss.

Este mesmo espírito, de acordo com Viehweg, transparece nos livros didáticos. A característica central dele, tanto no ensino quanto na construção de opiniões, é a sua vinculação com o problema, o qual é considerado sempre “como uma articulação do problema básico da justiça, para que toda a problemática não seja algo sem sentido. Esforça-se continuamente em encontrar argumentos para a resposta, o que propicia a introdução num mesmo estado de coisas de pontos de vista muito diferentes”⁹⁶.

Viehweg encerra sua análise rechaçando que se saliente em demasia as generalizações que são feitas durante os comentários dos pós-glosadores, procurando considerá-las como proposições básicas de um sistema. Sua natureza é muito mais a de *topoi*. As generalizações são meios de trabalho, utilizados de modo acessório pelos professores medievais que indicam aos seus alunos que anotem os *topoi*, bem como as particularidades ensinadas. Esse tipo de anotação deu ensejo mais tarde a catálogos de *topoi* jurídicos. Não se pode esquecer, contudo, que os *topoi* se legitimam pelo apelo à autoridade de textos reconhecidos, como já o faziam antes, mas numa intensidade ainda maior dada a relação da Idade Média com a Antigüidade⁹⁷.

Viehweg passa, então, a examinar o que chama de *ars combinatoria* por intermédio de Leibniz. Antes, contudo, de abordar diretamente o assunto, faz as seguintes observações:

a tópica prestou, como vimos, grandes serviços à jurisprudência. Porém, como vimos também, faz que a jurisprudência não possa converter-se em um método, pois só pode chamar-se método um procedimento que seja lógica e rigorosamente verificável e crie um nexu unívoco de fundamentos, quer dizer, um sistema dedutivo⁹⁸.

Assim, podemos compreender, a vinculação produzida entre prudência e tópica, ainda na Antigüidade, a qual perdurou pela Idade Média, não permite que a Jurisprudência possa ser tratada ao modo como o espírito cartesiano dos séculos XVI e XVII desejaria. A empreitada de Leibniz, que busca transformar a *ars inveniendi* em *ars combinatoria*, reforça essa constatação⁹⁹. Vejamos como Viehweg a analisa.

⁹⁶ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 74 da edição alemã e p. 68 da edição brasileira.

⁹⁷ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 74-76 da edição alemã e p. 68-69 da edição brasileira.

⁹⁸ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 77 da edição alemã e p. 71 da edição brasileira.

⁹⁹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 77 da edição alemã e p. 71 da edição brasileira.

4. A Estrutura Tópica da Jurisprudência: da *Ars Combinatoria* de Leibniz à Civilística Contemporânea

A tópica, afirma Viehweg, não possui as características de um procedimento lógico e rigorosamente verificável, ou seja, não permite que seus resultados possam formar um sistema dedutivo. Ela é um estilo e não um método¹⁰⁰.

Leibniz, educado no *mos italicus*, pretendeu em sua juventude fazer concordar o patrimônio retórico recebido da Idade Média com o espírito matematizante do século XVII. Mais tarde, em sua obra principal, Leibniz trata a Jurisprudência ao modo dedutivo-sistemático tão caro ao espírito de sua época¹⁰¹.

O intento da juventude, portanto, é o de colocar a tópica, enquanto *ars inveniendi*, sem eliminar sua estrutura fundamental, sob o controle aritmético, ou seja, matematizá-la¹⁰². Viehweg coloca a intenção de Leibniz do seguinte modo: “Quer construir com fundamentos aritméticos (*ex Arithmeticae fundamentis*) uma doutrina das complicações e transposições e com isto dar novos estímulos à arte de meditar ou arte da invenção lógica”¹⁰³.

Segundo o autor o projeto de Leibniz encontra sua fonte de inspiração na obra de Raimundo Lullus¹⁰⁴, que teria desenvolvido por volta de 1300 um jogo combinatório formado por cinco círculos giratórios e concêntricos, cada um com nove conceitos fundamentais. Viehweg reproduz os cinco círculos e seus

¹⁰⁰ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 77 da edição alemã e p. 71 da edição brasileira.

¹⁰¹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 77 da edição alemã e p. 71 da edição brasileira. Sobre a intenção matematizante dos séculos XVI e XVII vide a abordagem no Capítulo I, em especial a discussão exemplificada com Hobbes. Sobre a educação recebida no referido período pode-se consultar, ainda que verse sobre a Inglaterra, SKINNER, op. cit., p. 41-72. Especificamente sobre o desenvolvimento dos estudos jurídicos de Leibniz, vide MOLITOR, Erich. Der Versuch einer Neukodifikation des römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz. In *L'Europa e il Diritto Romano: Studi in Memoria di Paolo Koschaker*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1954 p. 359-373.

¹⁰² Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 77-78 da edição alemã e p. 72 da edição brasileira.

¹⁰³ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 78 da edição alemã e p. 72 da edição brasileira.

¹⁰⁴ Sobre este autor e seu projeto vide ECO, Umberto. *La búsqueda de la lengua perfecta*. Tradução de Maria Pons. Barcelona: Crítica, 1999, p. 55-68.

conteúdos e avalia que a tentativa de Lullus seria uma mecanização da tópica enquanto *ars inveniendi*¹⁰⁵.

A arte combinatória de Leibniz foi objeto também de um outro escrito de Viehweg, este mais detalhado, no qual o autor procura examinar a matematização já referida e os exemplos jurídicos que Leibniz emprega em seu esforço de transformar a *ars inveniendi* em *ars combinatória*¹⁰⁶.

Leibniz teria, conforme Viehweg, malgrado em seu intento em razão da multivocidade da linguagem natural. Este malogro levaria o autor à tentativa de criar uma linguagem precisa e posteriormente, pela ênfase dada à axiomática, à logística¹⁰⁷.

Dascal, discorrendo sobre o racionalismo de Leibniz e seu programa de desenvolvimento de um cálculo lógico, afirma que o autor tinha, de fato, a intenção de formalizar os métodos de raciocínio e representação do conhecimento, assim como o propósito de cobrir outras áreas além da matemática e da lógica, como a Jurisprudência, a física, a moral, a política etc. A convicção de Leibniz era a de que se dispuséssemos de uma notação adequada para a representação de todo nosso conhecimento e de um cálculo rigoroso para manipular adequadamente estas representações, todas as questões seriam resolvidas calculando e todos os erros seriam facilmente detectáveis e poder-se-ia corrigi-los como simples erros de cálculo. Essa forma de trabalho permitiria que se resolvesse de modo inteiramente formal muitas controvérsias, especialmente as jurídicas¹⁰⁸.

A trajetória de Leibniz parece, pois, indicar os limites da formalização e este aspecto interessava muito a Viehweg, conforme ver-

¹⁰⁵ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 78 da edição alemã e p. 72 da edição brasileira. Sobre a relação de Leibniz com Lullus afirma ECO, op. cit., p. 230: "El tema del descubrimiento y de la lógica inventiva nos conduce a una de las fuentes del pensamiento de Leibniz, el *ars combinatoria* de Lullus. En 1666, a la edad de veinte años, Leibniz escribe una *Dissertatio de arte combinatoria*, de clara inspiración luliana; y el fantasma de la combinatoria le va a obsesionar durante toda la vida". Para uma idéia da configuração dos círculos da *ars magna* de Lullus, vide, em ECO, op. cit., p. 59.

¹⁰⁶ Cfe. *Die juristischen Beispielsfälle in Leibnizens Ars Combinatoria*, publicado apenas na coletânea dos pequenos escritos em alemão, p. 137-143. Esse texto foi originalmente publicado em 1947.

¹⁰⁷ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p.79-80 da edição alemã e p. 73 da edição brasileira. Vide também ECO, op. cit., p. 228-246.

¹⁰⁸ Cfe. DASCAL, Marcelo. La Balanza de la Razón. In NUDLER, Oscar (compilador). *La racionalidad: su poder e sus límites*. Buenos Aires/Barcelona/México: Paidós, 1996, p. 363-381. A idéia referida encontra-se nas p. 370-371. Veja-se também neste artigo a interessante discussão sobre o racionalismo de Leibniz e a possibilidade de entendê-lo em uma versão mais radical e em outra mais moderada. Vale lembrar aqui a discussão do modelo moderno de ciência no item I do Capítulo II.

se-á posteriormente, quando se discutir a questão do sistema axiomático-dedutivo. Como aponta Eco, a tentativa de produzir uma linguagem unívoca para a ciência, e neste sentido Leibniz é precursor de muito do que se fez contemporaneamente, só pode ser feita à custa do abandono da relevância prática, social, da linguagem¹⁰⁹. Viehweg interpreta, deste modo, o malogro do projeto de Leibniz como uma confirmação da vinculação entre tópica e Jurisprudência. Aquilo que havia sido apontado, portanto, na Antigüidade e no *mos italicus*, continua sendo verdadeiro para o período subsequente, como demonstra a análise da obra de Leibniz.

O próximo ponto da análise de Viehweg é a civilística contemporânea. O autor procura mostrar que a tópica continua sendo relevante contemporaneamente e isto seria demonstrável observando-se alguns estudos da civilística.

Não há uma explicação expressa do porquê da escolha da civilística e não de outros ramos do Direito. Encontramos também em outros escritos esta opção e neles Viehweg justifica-se dizendo que ela se impõe pela tradição maior deste ramo, bem como pela documentação mais ampla que temos desta tradição¹¹⁰.

Viehweg inicia mencionando a circunstância de que cada disciplina opta, por assim dizer, pela utilização de um conjunto de *topoi* e descarta outros que são considerados, naquele momento ao menos, de menor importância. Isto não significa, salienta o autor, que esses mesmos *topoi* não possam ir ganhando em relevância no curso de situações que variam incessantemente e o ingresso ou a revitalização dos novos *topoi* se dá ou pela via da legislação ou pela interpretação¹¹¹.

Exemplo deste processo, afirma Viehweg, é o conceito de interesse introduzido na doutrina civilística, primeiro, e depois na disciplina jurídica geral por Jhering¹¹². Interesse pode ser considerado um *topos* que

¹⁰⁹ Cfe. ECO, op. cit., p. 242: "Todo el ingenio que Leibniz invirtió en construir una lengua filosófica a priori le sirvió para inventar otra lengua filosófica, indudablemente también a priori, pero carente de toda finalidad práctico-social, y destinada al cálculo lógico. En este sentido, su lengua, que es también la de la lógica simbólica contemporánea, era una lengua científica, pero, como todas las lenguas científicas, no podía hablar de la totalidad del universo sino solamente de algunas *verdades de razón*".

¹¹⁰ Cfe. *Modelle juristischer Argumentation in der Neuzeit*, p. 127 da edição alemã dos pequenos escritos ou, na coletânea espanhola, *Perspectivas históricas de la Argumentación Jurídica: la Época Moderna*, p. 150.

¹¹¹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 93 da edição alemã e p. 87 da edição brasileira.

¹¹² Jhering, como sabemos, é também objeto de atenção de Viehweg em um de seus artigos, intitulado *Rechtsdogmatik und Rechtszmetik bei Jhering*, p. 153-158 da edição alemã dos pequenos escritos e *Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en Jhering*, na coletânea espanhola, p. 141-149. Vide também a discussão do referido artigo no item I do Capítulo III.

ganhou um peso assaz relevante, chegando mesmo a exercer influência sobre o caráter da Jurisprudência.

A importância desse processo é colocada por Viehweg não na aparição de um novo *topos*, pois isto é relativamente corriqueiro. A questão que ele procura salientar é a de que a introdução do conceito de interesse “permite dispor de meios adequados para revisar os fundamentos de toda a disciplina a partir da própria práxis jurídica que lhe serve, com razão, sempre como guia”¹¹³. Nesse sentido, as formulações da teoria do interesse permitem pôr em dia o que Viehweg chama as perpétuas aporias fundamentais da disciplina jurídica.

Essa idéia, de uma aporia fundamental, constitui-se na questão do que é o justo aqui e agora. Ela informa e domina toda a nossa disciplina. Segundo o autor, ela é iniludível. Sua conseqüência é que a Jurisprudência, na medida em que possui como problemática fundamental a aporia da justiça, não consegue reduzi-la a um princípio seguro e fecundo, não consegue sistematizar-se. Assim, sua estrutura deve ser a de uma discussão problemática, o que significa dizer, de outro modo, que ela não pode abrir mão da tópica como técnica de discussão de problemas¹¹⁴.

Colocada a questão nesses termos, a sua demonstração deve ocorrer mostrando-se na tópica a estrutura que convém à Jurisprudência. Isto posto, Viehweg procurará mostrar que a civilística contemporânea, ao menos em três importantes opiniões doutrinárias, concorda com ele.

Os pontos que dever-se-ia encontrar para fundamentar a ligação entre tópica e Jurisprudência são, de acordo com o autor, os seguintes:

1. A estrutura total da jurisprudência somente pode ser determinada a partir do problema.
2. As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições têm de ficar ligados de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele.
3. Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados em uma implicação que con-

¹¹³ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 96 da edição alemã e p. 88 da edição brasileira.

¹¹⁴ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 96-97 da edição alemã e p. 88-89 da edição brasileira. Vide também a discussão do interesse de Viehweg na tópica aristotélica no final do item 2 deste Capítulo.

A Tópica e a Jurisprudência

serve sua vinculação com o problema. Qualquer outra forma de implicação deve ser evitada¹¹⁵.

Cada um dos três pontos é então abordado por Viehweg. A análise utiliza três exemplos retirados da civilística alemã, sua contemporânea¹¹⁶.

O primeiro deles é a nova ordenação do direito privado proposta por Fritz von Hippel em 1930. No trabalho desse autor encontra-se, no entender de Viehweg, a constatação de que todo ordenamento jurídico deve ser construído com a pretensão de ser justo e de que cada escolha que o legislador faça deve levar em conta esse critério. Assim, as possibilidades de ordenamento que a ela não se adaptem devem ser descartadas. As demais devem ser selecionadas em conexão com a realidade e por isso sua seleção é sempre uma tarefa histórica¹¹⁷.

Respondida a pergunta sobre o ordenamento justo, abrem-se em seguida uma série de outras questões. O conjunto de problemas que resulta daí é a sistemática do direito privado. De acordo com a leitura que Viehweg faz de von Hippel, a construção do direito privado alemão se daria em torno de dois círculos de problemas: negócio jurídico e perturbação da relação. No interior de cada um deles o autor localizaria ainda um conjunto de seis questões que estariam relacionadas entre si em uma fixa relação de construção. Quando o legislador responde tais questões, cria um código civil¹¹⁸.

O direito positivo é concebido, nesta ordem de pensamento, apenas como um conjunto de problemas conectados através da questão fundamental da justiça. A regulação jurídica que nele transparece é uma tentativa de responder a essa pergunta fundamental nas condições históricas do momento¹¹⁹.

O que a análise de von Hippel demonstra, afirma Viehweg, é o primeiro ponto antes levantado: a estrutura total da Jurisprudência só pode ser determinada a partir do problema. Quando se toma uma posi-

¹¹⁵ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 97 da edição alemã e p. 89 da edição brasileira.

¹¹⁶ Para uma análise crítica do uso que Viehweg faz dos três exemplos, ou da impossibilidade de retirar as conclusões por ele tiradas a partir deles, vide GARCIA AMADO, op. cit., p. 109-114. Vide também a crítica de DIEDERICHSEN, Uwe. *Topisches und Systematisches Denken in der Jurisprudenz. Neue Juristische Wochenschrift*, 16, 1966, p. 697-752, especialmente p. 699.

¹¹⁷ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 98 da edição alemã e p. 89 da edição brasileira. Vide também GARCIA AMADO, op. cit., p. 109-110.

¹¹⁸ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 98-99 da edição alemã e p. 90 da edição brasileira.

¹¹⁹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 99 da edição alemã e p. 90 da edição brasileira.

ção diante do problema fundamental, afirmando, por exemplo, que a autonomia privada parece justa, cria-se um conjunto de questões determináveis com notável precisão e esse conjunto baliza o âmbito de uma disciplina como o direito privado¹²⁰.

No que diz respeito à segunda questão – a necessidade de compreender-se cada conceito jurídico sempre a partir da aporia fundamental da justiça – Viehweg recorre a um trabalho de Josef Esser datado de 1952, no qual o autor afirma que os conceitos que aparentemente são de pura técnica só assumem seu verdadeiro sentido a partir da questão fundamental da justiça¹²¹.

O conceito de declaração de vontade, por exemplo, somente poderia ser adequadamente entendido se encarado como a fixação de alguns princípios de justiça na relação jurídico-negocial. Somente assim pode-se entender a aplicação que desse conceito é feita em alguns casos, como, por exemplo, quando inexistente declaração de vontade mas mesmo assim ela é presumida para se preservar a confiança nos negócios jurídicos¹²².

A teoria do interesse permite, afirma Viehweg, uma formulação incisiva da questão da justiça e por isso conduz ao problema em torno do qual gira toda a Jurisprudência. Para se compreender algo como jurista não se pode perder de vista esse ponto e também a partir dele explica-se porque o sistema dedutivo não pode ser considerado predominante na Jurisprudência. O mais importante é a escolha das premissas, “que se produz como consequência de um determinado modo de entender o direito, à vista da aporia fundamental. O exemplo da ‘declaração de vontade’ ilumina essa idéia de uma maneira muito clara”¹²³.

Viehweg procura mostrar então que se se estivesse trabalhando com um sistema dedutivo, no caso da declaração de vontade ele teria de

¹²⁰ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 100 da edição alemã e p. 91 da edição brasileira. Vide também GARCIA AMADO, op. cit., p.110.

¹²¹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 101 da edição alemã e p. 92 da edição brasileira. Cfe. também ESSER, Josef. *Elementi di Diritto Naturale nel Pensiero Giuridico Dogmatico. Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*. Vol. 5, Fascicolo 1-4. Padova; CEDAM, 1952, p. 54-65, p. 54: “Quello a cui soprattutto intendo accennare è l'elemento genufno di diritto naturale della ovvia ed inconscia constatazione e della prequalificazione, secondo il diritto naturale, anche dei concetti in apparenza puramente tecnico-giuridici, in coincidenza con opinioni naturali e scopi socialmente riconosciuti.”

¹²² Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 101-102 da edição alemã e p. 92-93 da edição brasileira. Vide também ESSER, op. cit., p. 54. Esser cita também uma série de outros exemplos, na p. 55 e ss. Consulte-se também a crítica ao uso de Esser por Viehweg em GARCIA AMADO, op. cit., p. 110-112.

¹²³ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 103-104 da edição alemã e p. 94 da edição brasileira.

oferecer um conceito que fosse progressivamente dedutivo. Não é o que ocorre, porém. Diante do problema a dedução é interrompida e um novo *topos* é chamado para iluminar a questão: a proteção da confiança nos negócios jurídicos. Esse modo de trabalho, vinculado com a tópica, implica na predominância da aporia fundamental da justiça como guia para todos os conceitos jurídicos, mesmo se tomados isoladamente¹²⁴.

Como terceira amostra da civilística atual, Viehweg menciona o trabalho de Walter Wilburg, no qual afirma poder encontrar a tese de que somente na conexão com os problemas os conceitos jurídicos podem ser adequadamente entendidos e qualquer outra forma de implicação deve ser evitada¹²⁵.

De acordo com o referido autor, o direito civil atual encontra-se paralisado em um sistema rígido e deveria tornar-se móvel. Isto se deve, ao menos em parte, ao fato de os princípios civilísticos serem menos fecundos do que se gostaria que fossem, transformando-se mesmo em empecilhos. Esses princípios, por vezes muito amplos e por vezes muito estritos, só podem ser corretamente aplicados se lidos em consonância com a idéia de justiça e por intermédio dela primeiro dissecados e depois recompostos¹²⁶.

Viehweg analisa detalhadamente vários princípios e as dificuldades de aplicação que eles apresentam caso não se faça a sua vinculação com a idéia de justiça, para concluir pela dificuldade de se coadunar os exemplos com a pretensão de uma sistematização dedutiva para o direito¹²⁷.

Numa passagem bastante significativa de sua opinião sobre a sistematização dedutiva, Viehweg afirma:

Tudo parece falar em favor desta via, salvo, justamente, a experiência do trabalho quotidiano dos juristas. Willburg fornece abundantes exemplos que demonstram como, em qualquer parte, os princípios têm de ser quebrados, limitados e modificados, o que para nenhum jurista representa algo que seja substancialmente novo. O jurista sabe que há de enfren-

¹²⁴ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 104 da edição alemã e p. 94-95 da edição brasileira. Deve-se salientar que ESSER, op. cit., p. 59 e ss., utiliza várias vezes a expressão *topos*.

¹²⁵ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 105 da edição alemã e p. 95 da edição brasileira. Vide também GARCIA AMADO, op. cit., p. 112-114. Para esse autor Viehweg faz uma exposição correta da tese de Willburg, mas tira conclusões não autorizadas pelas premissas ali expostas, que assumiria expressamente a necessidade de um pensamento sistemático para a Jurisprudência. Semelhante crítica é feita também por DIEDERICHSEN, op. cit., p. 699.

¹²⁶ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 106 da edição alemã e p. 96 da edição brasileira.

¹²⁷ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 108 da edição alemã e p. 98 da edição brasileira.

tar com muito cuidado as proposições colocadas como princípios de sua disciplina, que ‘desfrutam da reputação de axiomas’. De um ponto de vista sistemático, isto seria algo sobremaneira estranho¹²⁸.

Mais uma vez, a razão disto está na primazia do problema que requer uma espécie de sistema móvel, exemplo do qual Viehweg julga encontrar no sistema de direito de danos proposto por Willburg¹²⁹.

Viehweg encerra sua análise afirmando que o referido sistema móvel evitaria a implicação apriorística dos princípios e os utilizaria como *topoi*. O projeto, portanto, seria o da construção de um catálogo de *topoi*, o que significaria uma construção de acordo com o espírito que a Jurisprudência teve desde o seu berço¹³⁰.

A análise que acompanhamos até aqui permite compreender que, para Viehweg, a tópica permanece na Jurisprudência como sua estrutura na medida em que esta orienta-se para o que o autor qualifica como “problema”. A tópica é, deste modo, uma técnica de pensar por problemas. A dimensão central da análise que procuramos sinteticamente reproduzir, em todos os momentos históricos, marcou essa característica.

O interesse do autor é dirigido, portanto, para a dimensão da tópica que pode-se chamar formal, na medida em que dá a estrutura da Jurisprudência. Conforme apontávamos no início desse capítulo, Viehweg entende necessário que se faça a pesquisa histórica que pudesse mostrar qual o conteúdo da tópica jurídica, a sua dimensão material, mas não a realiza¹³¹.

Para seguirmos essa investigação, precisamos agora verificar como o autor concebeu a definição da tópica como arte de pensar por problemas, o que nos levará também à discussão sobre a correlação entre tópica e sistema. Como vimos acima, Viehweg sustenta que a presença da tópica na Jurisprudência a impediu de tornar-se uma ciência aos moldes das que utilizam o modelo sistemático-dedutivo. Essa caracterização da Jurisprudência resultou em grande polêmica e foi alvo de inúmeras críticas. O próximo capítulo principia com a referida discussão. Concluída esta, perguntar-nos-emos sobre o cruzamento entre os dois pares de conceitos que constituem o núcleo central da obra de Theodor Viehweg – problema/sistema e dogmática/zetética – e sua consequência para a Jurisprudência.

¹²⁸ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 109 da edição alemã e p. 98 da edição brasileira.

¹²⁹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 109-110 da edição alemã e p. 98-99 da edição brasileira.

¹³⁰ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 110 da edição alemã e p. 99 da edição brasileira.

¹³¹ Viehweg menciona como um exemplo desse tipo de investigação a obra de STRUCK, Gerhard. *Topische Jurisprudenz: Argument und Gemeinplatz in der Juristischen Arbeit*. Frankfurt/M: Athenäum, 1971.

Capítulo VI

A Análise da Tópica e suas Conseqüências para a Jurisprudência

1. Pensar por Problemas e Pensar por Sistemas

Como vimos no capítulo anterior, a identificação que Viehweg propõe entre tópica e Jurisprudência e sua confirmação nos diversos momentos históricos levou a se considerar a tópica como vinculada à noção de problema.

Nesse sentido, quando examina os resultados obtidos na recuperação histórica das tópicas aristotélica e ciceroniana, Viehweg diz que o ponto mais importante no exame realizado é a constatação de que se trata de uma *techné* do pensamento que se orienta para o problema¹. Essa vinculação entre tópica e problema é realizada pelo próprio Aristóteles, que se refere ao problema como o objeto dos raciocínios².

Segundo Viehweg, portanto, sua definição da tópica como técnica do pensamento problemático encontraria sua justificativa na tópica aristotélica. O autor menciona ainda o fato de Aristóteles ter adotado a

¹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 31 da edição alemã e p. 33 da edição brasileira.

² Cfe. ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 101b 15-20.

técnica ou o estilo mental dos sofistas na discussão realizada na *Metafísica*. Foi desse modo que nasceu o método de trabalho chamado de aporético³. Aporia e problema são utilizados pelo autor como termos equivalentes⁴.

Uma aporia, afirma o autor, é uma questão iniludível e estimulante, não passível de eliminação e que representa a ausência de um caminho único, seguro e predeterminado. A tópica representaria exatamente um modo de trabalhar com questões assim configuradas, na medida em que pretender fornecer indicações de que se pode fazer para não se ficar sem saída diante de questões aporéticas⁵.

Quando Viehweg define problema, assim expõe:

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 solução⁶.

Viehweg não explica em pormenores o que exatamente deseja significar com a afirmação de que o problema é uma questão que tem de ser levada a sério. A única menção que encontramos a esse respeito é a sua afirmação relacionada à constância do problema. Assim, diz ele, colocamos uma questão como um problema quando, a partir de um nexo preexistente, lógico ou não, a compreendemos como algo que exige uma resposta⁷.

Continuando a delimitação de problema, Viehweg afirma que este, devidamente reformulado, é introduzido em um conjunto de deduções

³ Cf. *Topik und Jurisprudenz*, p. 31 da edição alemã e p. 33 da edição brasileira. A este respeito, vide BERTI, op. cit., p. 75-85.

⁴ Embora Viehweg não faça distinção entre problema e aporia, parece útil à melhor compreensão do tema levarmos em consideração o que propõe Ferraz Jr. a respeito. Para esse autor existem questões que se mostram como problemas, outras como dilemas e outras ainda como aporias. Um problema é uma questão na qual delimitamos o campo das soluções possíveis pela comparação das alternativas, cujo limite é dado, portanto, pelas diferentes possibilidades, estruturadas como alternativas. Um dilema "é uma questão que ultrapassa o limite das alternativas, isto é, na qual a comparação das alternativas nos obriga a abandonar o campo das possibilidades". A aporia, a seu turno, "é uma questão em cujo campo de possibilidades a própria questão é, permanentemente, uma alternativa". Cf. FERRAZ JR., *Direito, Retórica e Comunicação*, op. cit., p. 18-19.

⁵ Cf. *Topik und Jurisprudenz*, p. 31 da edição alemã e p. 33 da edição brasileira.

⁶ Cf. *Topik und Jurisprudenz*, p. 32 da edição alemã e p. 34 da edição brasileira.

⁷ Cf. *Topik und Jurisprudenz*, p. 33-34 da edição alemã e p. 35 da edição brasileira.

A Análise da Tópica e suas Consequências para a Jurisprudência

previamente dado, mais ou menos explícito e abrangente. A partir dessa inserção do problema no conjunto de deduções infere-se uma resposta. Se a esse conjunto de deduções chamamos sistema, então podemos dizer, afirma Viehweg, que para encontrar uma solução, problema se ordena dentro de um sistema⁸.

Nessa correlação entre problema e sistema, a ênfase pode recair num ou noutro. Se a ênfase é dada ao sistema, opera-se uma seleção de problemas, descartando-se aqueles insolúveis dentro dos quadros do sistema como problemas aparentes. Se a ênfase é dada ao problema, busca-se um sistema que permita encontrar-lhe uma solução, operando-se uma seleção de sistemas⁹.

Apesar da distinção entre problema e sistema, colocada como acima se viu, é importante destacar que Viehweg menciona por diversas vezes a implicação que há entre um e outro. De certo modo a própria forma como a questão é colocada – como ênfase e não como dicotomia – aponta para a necessidade de vê-los como indissolúvelmente imbricados. É importante, contudo, considerar que a referida ênfase produz consequências distintas.

Nesse sentido, citando Nicolai Hartmann¹⁰, do qual retira essa contraposição, Viehweg afirma que o modo de pensar sistemático procede do todo e a concepção que tem desse todo é nele predominante. Um ponto de vista vem adotado desde o princípio da investigação e a partir dele os problemas são selecionados. Os problemas cujo conteúdo concilia-se com o ponto de vista são então assumidos ou aceitos e os que não se adaptam são rejeitados como questões falsamente colocadas. Toma-se de modo prévio, portanto, uma decisão sobre os limites dentro dos quais será possível a solução dos problemas¹¹.

⁸ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 33 da edição alemã e p. 34 da edição brasileira. Vide também GARCIA AMADO, op. cit., p.139.

⁹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 33 da edição alemã e p. 34-35 da edição brasileira.

¹⁰ Em HARTMANN, Nicolai. *Diessets von Idealismus und Realismus*. In *Kleine Schriften II*. Berlim: de Gruyter, 1957, p. 278-322, especialmente p. 281.

¹¹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 34 da edição alemã e p. 35 da edição brasileira. O trecho de Hartmann (op. cit., p. 281) citado por Viehweg é o seguinte: "Systematische Denkweise geht vom Ganzem aus. Die Konzeption ist hier das Erste und beibt das Beherrschende. Nach dem Standpunkt wird hier nicht gesucht, er wird zu allererst eingenommen. Und von ihm aus werden die Probleme ausgelesen. Problemgehalte, die sich mit dem Standpunkt nicht vertragen, werden abgewiesen. Sie gelten als falsch gestellte Fragen. Vorentschieden ist hier nicht etwa über die Lösung der Probleme selbst, wohl aber über die Grenze, in denen sich die Lösung bewegen darf." (Para a tradução desta passagem em língua portuguesa vide a p. 35 da edição brasileira de *Topik und Jurisprudenz*). Vide também GARCIA AMADO, op. cit., p. 140.

Já o modo de pensar por problemas, ou aporético, “não põe em dúvida que o sistema exista e que para sua própria maneira de pensar talvez seja latentemente o determinante. Tem certeza do seu sistema, ainda que não chegue a ter dele uma concepção”¹².

A afirmação de que a forma de pensar por problemas parte de um sistema, mas não tem dele uma concepção precisa ou acabada, é fundamental para compreender a tópica. Esta, afirma Viehweg, somente pode ser bem entendida se se admite a inclusão de seus raciocínios em uma ordem que está por determinar e que não é previamente concebida enquanto ordem, ou seja, se a pensamos como uma forma de pensamento que pressupõe um sistema embora não o mantenha explícito¹³.

A assunção da distinção de Nicolai Hartmann encontrou severas restrições por parte dos críticos de Viehweg. Garcia Amado coloca a repercussão desse tema na doutrina jurídica agrupando os autores em três grupos: para alguns nada há de errado no uso que Viehweg faz da contraposição entre pensamento problemático e sistemático¹⁴. Outros vêem dificuldades decorrentes na diferença de contextos (da elaboração de Hartmann e da de Viehweg) mas acham que mesmo assim a distinção é útil e proveitosa para o direito. Por fim, há aqueles que rechaçam abertamente a leitura de Hartmann por Viehweg¹⁵.

A crítica mais generalizada, por assim dizer, é a de que Viehweg descontextualiza a distinção de Hartmann. Assim, por exemplo, afirmam expressamente Garcia Amado¹⁶ e Degadt¹⁷.

Tomando-se a formulação da crítica que esse último autor fornece, encontramos a idéia de que Viehweg utiliza-se de Hartmann tomando desse autor apenas e tão somente o que lhe interessa (a exemplo do

¹² Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 34 da edição alemã e p. 35 da edição brasileira. Cfe. HARTMANN, op. cit., p. 282: “Aporetische Denkweise verfährt in allem umgekehrt. Ihr sind die Probleme vor allem heilig. Eine Auslese unter ihnen zugunsten eines Standpunktes gilt ihr schon als Versündigung na ihnen. Sie kennt keine Zwecke der Forschung neben der Verfolgung der Probleme selbst; (...) Sie zweifelt nicht daran, dass es das System gibt, und dass es vielleicht in ihrem eigenen Denken latent das Bestimmende ist. Darum ist sie seiner Gewiss, auch wenn sie es nicht erfasst.” (Para a tradução desta passagem em língua portuguesa vide a p. 35 da edição brasileira de *Topik und Jurisprudenz*). Vide também GARCIA AMADO, op. cit., p. 140.

¹³ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 34-35 da edição alemã e p. 35-36 da edição brasileira.

¹⁴ Assim por exemplo COING, Helmut. Über einen Beitrag zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung. *Archives für Rechts und Sozialphilosophie*, XLI, 1954/55, p. 436-444.

¹⁵ Cfe. GARCIA AMADO, op. cit., p. 141-142.

¹⁶ Cfe. GARCIA AMADO, op. cit., p. 140-142.

¹⁷ Cfe. DEGADT, op. cit., p. 31

A Análise da Tópica e suas Conseqüências para a Jurisprudência

que já fizera com Vico) e sem considerar o contexto no qual a distinção entre problema e sistema vem incluída. Segundo Degadt, a distinção foi construída e ela própria tornada um “lugar comum” para a explicitação e a defesa do pensamento de Kant por Hartmann, no sentido da importância que Kant atribuiria aos problemas e seu esforço em tratá-los¹⁸.

Do mesmo modo que considerávamos a crítica de Degadt em relação ao tratamento dado por Viehweg a Vico, também aqui vale lembrar que, de fato, o autor tomou de Hartmann apenas o que lhe pareceu fecundo como ponto de partida. A distinção entre pensamento problemático e sistemático é um exemplo bastante claro disto. Ela pode ser vista como um *topos* a partir do qual Viehweg organiza e argumenta sua tese principal, mas não se pode encontrar, nem em *Topik und Jurisprudenz* nem nos ensaios posteriores, uma consideração global da obra de Hartmann ou do papel da distinção nela. Viehweg estava procurando, ele mesmo, pensar por problemas e não por sistemas, como procuramos mostrar na introdução deste trabalho¹⁹.

Conforme o mesmo autor, o ponto alto da caracterização do pensamento aporético para Hartmann é a sua constante abertura aos problemas. Isto somente pode ser lido, em sua opinião e em consonância com a afirmação de Hartmann da constância da aporia fundamental (*Grundaporie*), como um “apriorismo das aporias” que possui os mesmos perigos mencionados a propósito do pensamento sistemático. A rigidez que se procura evitar salientando as vantagens do pensamento problemático retorna quando se considera a constância da aporia²⁰.

Quanto ao segundo ponto de crítica, que parece aliás mais voltada ao próprio Hartmann do que a Viehweg, entendemos que Degadt não leva suficientemente em consideração a definição de aporia.

¹⁸ Cfe. DEGADT, op. cit., p. 31. Nesse sentido também a crítica de GARCIA AMADO, op. cit., p. 140.

¹⁹ Nesse sentido também manifesta-se Heino Garrn na apresentação da coletânea dos “pequenos escritos” de Viehweg: “Ihren Niederschlag findet die erwähnte skeptische Grundhaltung Viehwegs vor allem in der Einsicht, dass man gross angelegten theoretischen Systemen nicht nur dort mit Vorbehalten zu begegnen hat, wo sie auf extreme Formen totalitärer Ideologisierung hinauslaufen, sondern gur beraten ist, den Stellenwert solcher Theoriesysteme für die Humaniora auch im übrigen nicht zu überschätzen”. (“A mencionada postura céptica dos princípios de Viehweg encontra sua concreção principalmente na cognição de que é necessário postar-se diante de sistemas teóricos de ampla extensão com ressalvas não apenas ali onde resultam em formas extremas de ideologização totalitária, mas de que, aliás, é muito conveniente não superestimar a importância de tais sistemas teóricos para as HUMANIORA”. Tradução nossa). Cfe. GARRN, Heino. Einleitung. In VIEHWEG, Theodor. *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 10.

²⁰ Cfe. DEGADT, op. cit., p. 31-32.

Se considerarmos, como propõe Ferraz Jr. e como Viehweg parece também entender²¹, que uma aporia é justamente uma questão que se coloca a si própria como questão, ou seja, que não tem uma resposta segura, mas exige um tratamento das possibilidades, não parece que considerar, como Viehweg o faz, que a justiça é a aporia fundamental do direito conduza a uma rigidez comparável ao que poderia ocorrer a partir do pensamento sistemático. O que é constante (e por isso é uma aporia) é a pergunta pelo que é o justo, pergunta esta que não tem uma resposta definitiva²².

Outra crítica que se pode fazer, ainda segundo Degadt, é a de que a separação entre pensamento sistemático e método aporético leva ao erro de se considerar que o pensamento aporético não será aplicável àqueles ramos do conhecimento nos quais não se trabalha com opiniões ou com o domínio do provável, mas com hipóteses verdadeiras ou falsas²³.

Novamente precisamos discordar da crítica de Degadt. Ao menos no que diz respeito a Viehweg, o autor nunca disse que o pensamento problemático seria uma exclusividade das áreas do saber que Aristóteles chamou opinativo²⁴.

É verdade que isto parece decorrer do modo como encaminha a questão do sistema dedutivo, que examinar-se-á a seguir. É de se ler, no entanto, a não explicitação de onde cabe ou não trabalhar com o pensamento problemático, muito mais como uma circunscrição do discurso de Viehweg à pesquisa de base no direito, ou seja, como uma delimitação do objeto sobre o qual o autor está a tecer suas considerações. A importância da tópica como técnica de pensar por problemas não é em momento nenhum descartada para outros ramos, e a possibilidade de sua presença ser constante vem expressamente referida por Viehweg²⁵.

²¹ Vide, a propósito, a definição de aporia, dilema e problema proposta por Ferraz Jr. e citada no início deste Capítulo.

²² Sobre a justiça como "problema", vide ZIPPELIUS, Reinhold. *Das Wesen des Rechts*. München: Beck, 1965, p. 64-67.

²³ Cfe. DEGADT, op. cit., p. 32.

²⁴ Mesmo porque, conforme vimos, a dialética tinha, para Aristóteles, o papel de encontrar os primeiros princípios da ciência/filosofia, área do conhecimento na qual se trabalha com a verdade, sendo incorreto portanto ver uma cisão absoluta entre dialética e pensamento demonstrativo. Vide o item 2 do Capítulo V.

²⁵ A propósito veja-se a seguinte idéia de Viehweg em *Topik und Jurisprudenz*, p. 41 da edição alemã e p. 40-41 da edição brasileira: "Vico, em compensação, apreciava-a muito. Considerava que, sem ela em realidade, seria impossível orientar-se. O certo é que se alguém olha ao seu redor encontra a tópica com uma freqüência muito maior do que se poderia supor. Não parece que seja completamente inadequada à situação e à natureza humana e, por isso, parece indicado não descuidar inteiramente dela quando se tenta compreender o pensamento humano, seja onde for".

A Análise da Tópica e suas Consequências para a Jurisprudência

Ainda no âmbito da crítica ao uso de Hartmann por Viehweg podemos citar como exemplo Canaris. Esse autor, que na classificação de Garcia Amado pode ser incluído no terceiro grupo, entende que a afirmação de Viehweg de que a tópica é uma técnica de pensar por problemas esclarece muito pouco a respeito da natureza da tópica, compreendendo então que a assunção da distinção de Hartmann por Viehweg funcione como uma forma de precisar melhor o que quer dizer essa qualificação genérica²⁶.

Contudo, afirma o autor, a leitura do texto de Hartmann revela claramente que ele não aceita uma oposição frontal entre o pensamento aporético e o sistema, mas entende que também existe a existência do sistema. A polêmica de Hartmann, afirma Canaris, é apenas contra o tipo de pensamento problemático que recusa como aparentes os problemas que não se encaixam previamente dentro do sistema, que vê como sistema apenas o sistema fechado. Desfazendo-se esse equívoco, desmancha-se também a ligação proposta por Viehweg entre tópica e pensamento problemático. Todo sistema que não o axiomático-dedutivo supõe um pensamento problemático, sustenta Canaris²⁷.

De fato, se observamos o texto de Hartmann e, em especial, como ele chega à distinção entre problema e sistema²⁸, encontramos ali uma discussão que parece corroborar o que Canaris afirma. Isto não implica, contudo, em que a crítica sobre o uso da distinção por Viehweg esteja correta. Viehweg afirma expressamente que existem ligações importantes entre problema e sistema e invoca o modo como Hartmann a conce-

²⁶ Cfe. CANARIS, op. cit., p. 246.

²⁷ Cfe. CANARIS, op. cit., p. 247-248. Também DIEDERICHSEN (op. cit., p. 700) critica o que considera uma identificação entre sistema e sistema dedutivo como única possibilidade: "Neben den Deduktionssystemen finden sich 'natürliche' oder Klassifikationssysteme, wie sie etwa die Biologie kennt. Neben diesen stehen kategoriale Systeme, in denen der Stoff nach bestimmten Grundbegriffen oder Prinzipien geordnet wird, und teleologische Systeme, die verschiedene mit den Rechtssätzen verfolgte Zwecke zugrunde legen. Sieht man von den didaktischen Systemen ab, die lediglich auf die verständnismässige Aneignung und die leichte Erlernbarkeit des Stoffes abzielen, so wird die Jurisprudenz vom kategorialen un teleologischen Systemdenken beherrscht." ("À parte dos sistemas dedutivos, há sistemas 'naturais' ou classificatórios, como, por exemplo, na Biologia. A seu lado, existem sistemas categoriais, onde a matéria é classificada conforme determinados conceitos ou princípios básicos; e sistemas teleológicos, que fundamentam diversas finalidades tencionadas com as normas jurídicas. Desconsiderando os sistemas didáticos, que apenas objetivam a assimilação cognitiva e a facilitação da aprendizagem da matéria, a jurisprudência é dominada pelo pensar sistemático categorial e teleológico". Tradução nossa).

²⁸ Vide HARTMANN, op. cit., p. 279-282.

be justamente ressaltando este aspecto. Para ele, como mencionávamos acima, a tópica enquanto estilo ou modo de trabalho é incompreensível se não se considera a concepção de sistema como algo latente, a partir do qual se raciocina sem que se tenha uma visão clara e definitiva, ou seja, sem que o sistema venha previamente definido, embora esteja pressuposto²⁹.

É possível compreender também que a assunção da distinção entre pensamento problemático e sistemático por Viehweg deva-se a uma concordância com a idéia de Hartmann da limitação do conhecimento humano, como lembra Garcia Amado. Nesse sentido, poder-se-ia sustentar que o pensamento problemático significa a tentativa de tratar com as questões cuja resposta não pode ser definitiva, ou seja, que são propriamente aporéticas³⁰. Mais do que na contraposição entre os dois modos de pensar, Viehweg estaria interessado na sugestão de se tomar o sistema sempre cautelosamente³¹.

Essa “desconfiança” nas possibilidades do conhecimento humano e sua correspondente fundamentação antropológica, que requer uma

²⁹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 34 da edição alemã e p. 35 da edição brasileira: “É recomendável não se perder de vista as mencionadas implicações que existem entre sistema e problema, quando se lê o que N. Hartmann escreveu...” Segue-se aí a citação de Hartmann que reproduzimos acima e conclui-se com a observação de que a tópica somente pode ser entendida quando se aceita a “sugerida inclusão em uma ordem que está sempre por ser determinada, e que não é concebida enquanto tal...”.

³⁰ Cfe. GARCIA AMADO, op. cit., p. 116: “Para Hartmann, el entendimiento humano alcanza sólo hasta un cierto límite de los fenómenos. Lo que está más allá de ese límite sólo es dado bajo la forma de problema”.

³¹ Vide, a propósito, o que afirma Garrn na apresentação da coletânea dos “pequenos escritos” de Viehweg: “Diese Einsicht [cético, no dizer de Garrn] macht auch verständlich, warum Viehweg den Schwerpunkt rechtsphilosophischer Forschung nicht in der Erarbeitung einer umfassenden materialen Rechtstheorie sehen möchte, deren Aufgabe es wäre, die inhaltlichen Grundlagen einer Rechtsordnung philosophisch mit dem Anspruch überzeitlicher ontologischer Gewissheit zu begründen. Denn während die traditionelle abendländische Rechtsphilosophie massgeblich na der Hervorbringung derartig umfassender Rechtstheorien beteiligt war, wird aus heutiger Sicht zunehmend deutlich, dass Theoriesysteme mit dieser Intention die Möglichkeiten menschlichen Erkenntnisvermögens übersteigen”. (“Essa cognição [cética, no dizer de Garrn], aliás, permite compreender por que Viehweg não deseja ver a ênfase da pesquisa jurídico-filosófica na elaboração de abrangente teoria jurídica material, cuja função consistiria em fundamentar em termos filosóficos os fundamentos do conteúdo de uma ordem jurídica, com a pretensão de uma segurança atemporal e ontológica. Pois, enquanto a tradicional filosofia jurídica ocidental teve determinante participação na geração de tais teorias jurídicas abrangentes, da perspectiva hodierna torna-se sempre mais nítido que sistemas teóricos com essa intenção ultrapassam as capacidades da cognição humana.” Tradução nossa) Cfe. GARRN, op. cit., p. 11.

A Análise da Tópica e suas Conseqüências para a Jurisprudência

imagem do homem, esteve presente quando examinamos o enfoque dogmático e a sua necessidade funcional na sociedade e transparece em inúmeros momentos da obra de Viehweg³². Aparece, ademais, em todo o movimento de reabilitação da filosofia prática e da retórica³³. Ela é uma marca bastante saliente do horizonte teórico no qual Viehweg procura suas respostas e a opinião de Garcia Amado em relação a este aspecto encontra claramente respaldo na obra de Viehweg.

A crítica de Canaris deve ser recusada, portanto, porque Viehweg não só sabe que a contraposição não deve ser tornada absoluta, como expressamente o afirma, tanto para si quanto para Hartmann, quanto compreende que ela faz parte de um horizonte teórico que lhe agrada particularmente e que é a desconfiança, por assim dizer, no poder do conhecimento humano e por isso a assume.

Além disso, vimos que a vinculação, proposta explicitamente por Viehweg, entre pensamento problemático e tópica, decorre da elaboração aristotélica e pretende ser demonstrada na constância histórica no interior da Jurisprudência, não podendo ser afastada, como quer Canaris, pela simples crítica ao uso que Viehweg faz de Hartmann.

Procurando precisar melhor a natureza do pensamento problemático ou tópico, Viehweg propõe a distinção entre tópicos de primeiro e segundo grau e analisa a separação, advinda de Aristóteles, entre *topoi* comuns e específicos. Vejamos como essas questões são tratadas pelo autor.

2. Tópicos de Primeiro Grau e Segundo Grau e Tópica Geral e Específica

Continuando a análise do modo como Viehweg entende o pensamento problemático, encontramos a afirmação de que um modo de pensar

³² Assim, por exemplo, nas passagens em que, especialmente nos ensaios posteriores à *Topik und Jurisprudenz*, Viehweg critica a concepção que chama de dialética moderna em razão de sua concepção total do decurso histórico. Dentre elas veja-se *Rechtsphilosophie als grundlagenforschung*, na coletânea alemã, p. 59-60, ou *La filosofía del derecho como investigación básica*, na coletânea espanhola, p. 49-50.

³³ Cfe. GARCIA AMADO, op. cit., p. 19-24. Para Blumenberg o fundamento da retórica seria o princípio da razão insuficiente, a constatação de que a ausência de verdades evidentes e indubitadas como fundamento da ação prática força a um permanente processo de fundamentação e intercâmbio comunicativo. Cfe. BLUMENBERG, Hans. *Antropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik*. In: *Wirklichkeiten in denen wir leben - Aufsätze und eine Rede*. Stuttgart: Phillip Reclam, 1996, p. 104-136.

que proceda dessa maneira contará apenas com panoramas fragmentários e sua forma mais simples de desenvolvimento é aquela em que, diante de um problema, tenta-se encontrar premissas que sirvam a sua resolução. Pontos de vista mais ou menos casuais e arbitrários são tomados e testados para servirem de premissas adequadas e fecundas, iluminadoras do problema que buscamos decidir. Na vida cotidiana, diz Viehweg, normalmente procedemos dessa forma e uma observação mais atenta nos mostra que a busca de premissas nos leva à fixação de pontos de vista diretivos. Esse modo de trabalho pode ser chamado de uma tópica de primeiro grau³⁴.

A tópica de primeiro grau é, contudo, um procedimento ainda bastante inseguro, pois não supõe de antemão nenhum limite para a procura dos pontos de vista diretivos. Quando se elabora um repertório dos mencionados pontos de vista – um catálogo de *topoi* – e ele é utilizado como guia para a discussão do problema, podemos falar de tópica de segundo grau. Os repertórios de *topoi* encontrados desde Aristóteles e Cícero podem ser então entendidos como instrumentos utilizáveis na e pela tópica de segundo grau³⁵.

Esses catálogos tiveram uma história bastante duradoura. Iniciaram-se com a tentativa de Cícero de dar um caráter mais prático à elaboração aristotélica, como vimos no capítulo anterior, permaneceram em uso durante a Idade Média e chegaram à Idade Moderna quase inalterados em seu conteúdo. Viehweg menciona, nesse sentido, a organização dada aos *topoi* pela Escola Lógica de Port Royal, que os divide em *loci grammatici*, *loci logici* e *loci metaphisici* e também uma obra de 1816, denominada *Tópica ou Ciência da Invenção*, na qual podemos encontrar um catálogo que usa a classificação de Port Royal, agrega-lhe a categoria dos *loci históricos*, mas cujo conteúdo é essencialmente ciceroniano, demonstrando assim a linha de continuidade existente entre os referidos catálogos³⁶.

Além da distinção entre tópica de primeiro e de segundo graus, Viehweg propõe também que se observe a existência de *topoi* de dois tipos: universalmente aplicáveis ou somente aplicáveis a um determinado ramo. Os primeiros representam generalizações muito amplas e por isso podem ser aplicados a problemas que aparecem em todas as áreas. Os segundos servem para círculos determinados de problemas³⁷.

³⁴ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 35 da edição alemã e p. 36 da edição brasileira.

³⁵ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 35 da edição alemã e p. 36 da edição brasileira.

³⁶ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 35-36 da edição alemã e p. 36-37 da edição brasileira.

³⁷ Sobre a distinção entre *topoi* gerais e especiais vide DEGADT, op. cit., p.8 e 51-52.

A Análise da Tópica e suas Consequências para a Jurisprudência

Um exemplo do segundo tipo é o catálogo de *loci communes* jurídicos elaborado por Gribaldo Mopha com base no *Corpus Iuris*³⁸.

O mais importante dessa constatação, afirma Viehweg, é notar que tantos os *topoi* especializados quanto os gerais, em seus respectivos catálogos, não servem como elementos de uma dedução, mas ganham seu sentido a partir do problema. É desse mesmo modo, diz, que Ernst Curtius concebe os *topoi* e assinala sua importância na literatura latina da Idade Média³⁹.

A função dos *topoi* (tanto dos gerais quanto dos especiais) é, portanto, a de servir a uma discussão de problemas. Sua importância, afirma Viehweg,

tem de ser muito especial naqueles círculos de problema em cuja natureza está não perder nunca o seu caráter problemático. Quando se produzem mudanças de situações e em casos particulares, é preciso encontrar novos dados para tentar resolver os problemas. Os *topoi*, que intervêm com caráter auxiliar, recebem por sua vez seu sentido a partir do problema. A ordenação com respeito ao problema é sempre essencial para eles. À vista de cada problema aparecem como adequados ou inadequados, conforme um entendimento que nunca é absolutamente imutável. Devem ser entendidos de modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento⁴⁰.

A função dos *topoi* é, pois, a de orientarem o pensamento na busca de soluções para problemas. A questão que fica colocada por Viehweg nesta relação e a partir da distinção entre catálogos gerais e especiais de *topoi*, é a vinculação entre tópica e Jurisprudência agora de um novo ângulo.

Se a Jurisprudência for uma área de problemas na qual nunca se pode afastar completamente a irrupção de questões novas e a necessidade de reavaliar as premissas já preparadas anteriormente, ou seja, na qual o problema é um dado constante e não eliminável, então podemos pen-

³⁸ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 36 da edição alemã e p. 37 da edição brasileira.

³⁹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 37-38 da edição alemã e p. 38 da edição brasileira. Vide CURTIUS, op. cit., p. 122-152.

⁴⁰ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 38 da edição alemã e p. 38 da edição brasileira.

sar que a tópica, enquanto procedimento de busca de premissas, lhe dá a estrutura fundamental⁴¹.

Dar estrutura significa, neste contexto, que um pensamento que possui uma necessidade constante de buscar premissas nunca poderá transformá-las em pontos de partida de uma dedução e trabalhar a partir disto de modo fixo ou inflexível. Suas conclusões serão sempre curtas pois, surgido um novo problema ou uma nova informação que altere a configuração deste, toda a dedução até então elaborada deverá ser revista. O fundamental é que se encontre a melhor solução possível para o problema e por isso a dedução só poderá ser utilizada enquanto servir a esse propósito. Também haverá aqui cadeias dedutivas, apenas a ênfase é que não poderá ser nelas acentuada⁴².

A maneira de se buscar as premissas, afirma o autor, determina também o que se pode fazer com elas. É possível distinguir, com base na elaboração de Cícero, uma investigação tópica, encarregada de encontrar as premissas, de uma análise lógica, encarregada de tirar as conclusões adequadas⁴³. Isto não significa, no entanto, que o fato de haver uma busca contínua de premissas em algumas áreas não interfira no modo como as conclusões serão realizadas. A necessidade de avaliar novamente as premissas quando os problemas reaparecem, ou aparecem sob nova forma, implica na provisoriedade da conclusão que serve para essa análise mas não pode ser generalizada indevidamente⁴⁴.

Não se deve, no entanto, confundir a necessidade de flexibilidade e revisão constante, que caracterizam o pensamento problemático e tópico, com a ausência de vinculações. Viehweg faz questão de expressamente salientar que, sem o estabelecimento de vinculações, não há pos-

⁴¹ A esse respeito diz GARCIA AMADO, op. cit., p. 144: "La razón de que un sistema jurídico así configurado no sea posible hay que situarla, como ya se ha indicado, en el carácter problemático de la ciencia jurídica. En ésta, la continua irrupción de problemas y el papel directivo de los mismos hace que se produzcan constantes interrupciones o rupturas en el encadenamiento deductivo del razonamiento y que sea 'el problema' el que en cada caso asuma el papel directivo y orientador de tal razonamiento".

⁴² Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 38-39 da edição alemã e p. 38-39 da edição brasileira. Sobre a correção desta afirmação de Viehweg, embora parte de outros pressupostos teóricos, vide ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 382.

⁴³ Vide DEGADT, op. cit., p. 59-60, 68, que considera um equívoco de Viehweg assumir esta distinção de Cícero e ao mesmo tempo conceituar a tópica como arte de pensar por problemas e a ela vincular a Jurisprudência. O autor entende que esta definição compreende tanto o *invenire* quanto o *iudicare*.

⁴⁴ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 38-39 da edição alemã e p. 38-39 da edição brasileira.

A Análise da Tópica e suas Conseqüências para a Jurisprudência

sibilidade de diálogo, porque a interlocução supõe a construção de acordos, ao menos parciais, para poder prosseguir⁴⁵.

Os *topoi* são também um modo de se trabalhar com os acordos, servindo de pontos de partida em sua construção. Possibilitam, portanto, a continuidade na argumentação. E mesmo naquelas fixações que tendem a permanecer, cuja alteração é difícil de sustentar e que funcionam como premissas dogmáticas, o método tópico de pensamento pode auxiliar na fundamentação da interpretação⁴⁶.

É por causa dessa dimensão de fixar premissas para futuras discussões seqüenciais, lembra Viehweg, que Aristóteles já insistia na necessidade de que o método dialético fosse utilizado por pessoas com reconhecido saber e de maneira razoável, tornando confiável a fixação dos seus pontos de vista, que aparecem como entendimento e não apenas como opiniões arbitrárias⁴⁷.

Nesta produção constante de acordos, como Viehweg expressamente afirma, as premissas fundamentais são legitimadas pela aceitação do interlocutor. Os *topoi* como lugares comuns, ou seja, opiniões aceitas como legítimas, verificadas ou até mesmo evidentes, são os pontos de apoio destes acordos. A orientação no diálogo se dá em grande medida pela reação do adversário e as premissas postas em discussão são classificadas em “relevantes/irrelevantes”, “aceitáveis/inaceitáveis”, “defensáveis/indefensáveis”. Essa classificação somente pode ocorrer com base no problema que é o centro da discussão e por isso mesmo, como discutimos acima, as conclusões e as deduções serão sempre de curto alcance. Uma premissa que não é aceitável numa discussão pode muito bem ser suficiente noutra⁴⁸.

O debate é, portanto, a única instância de controle da discussão, e esse procedimento se adapta ao que Aristóteles qualificava como dialético. O que ficou provado na discussão é aceito como premissa para outras etapas. A insegurança deste modo de trabalho é atenuada se lembramos, afirma Viehweg, que aqueles que discutem ou disputam o jogo dialético dispõem de um saber que já alcançou comprovação e que entre pessoas razoáveis cada premissa será aceita se contar com um peso específico⁴⁹.

⁴⁵ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 39-41 da edição alemã e p. 39-41 da edição brasileira.

⁴⁶ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 39-41 da edição alemã e p. 39-41 da edição brasileira.

⁴⁷ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p.43 da edição alemã e p. 42 da edição brasileira.

⁴⁸ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 42-43 da edição alemã e p. 42 da edição brasileira.

⁴⁹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 43 da edição alemã e p. 43 da edição brasileira.

Também sobre esse aspecto Viehweg recebe críticas. De acordo com alguns autores, não se poderia transpor o modo dialético de trabalhar com opiniões para a Jurisprudência porque esta trabalha com premissas que são normas jurídicas, positivadas e obrigatórias como pontos de partida, portanto independentes da aceitação ou não daqueles que discutem, como ocorre no debate dialético⁵⁰.

Parece-nos, no entanto, que esses autores ignoram a natureza eminentemente lingüística das normas jurídicas, que constituem os pontos de partida obrigatórios para quem raciocina dogmaticamente, como o fazem os juristas. Assumi-las como ponto de partida não resolve por si só o problema da determinação de seu sentido, o qual decorre ademais de uma complexa operação de fixação da relação entre normas pertencentes a um ordenamento jurídico. Tanto a interpretação, por mais simples que seja, do sentido da norma, quanto a relação entre as normas precisa ser construída argumentativamente e, conforme a tese de Viehweg, ao modo de um debate dialético.

Voltando ao debate dialético, é preciso lembrar que o saber dos melhores, ao modo de Aristóteles, é uma referência a um conjunto de conhecimentos humanos reconhecidos. Isto permite, ademais, considerar que, mesmo no terreno daquilo que é conforme as opiniões aceitas, possa-se aspirar a um efetivo entendimento e não a simples e arbitrárias opiniões⁵¹.

Quando se está naquelas áreas nas quais predomina o problema, conforme vimos acima, parece ser necessário, portanto, lidar com a discussão como único mecanismo de controle da fixação de opiniões. Configurar o que seja a discutibilidade do modo mais claro possível é a tarefa central nesse caso. Viehweg procura mostrar, em consonância com isso,

⁵⁰ Assim, por exemplo, CANARIS, op. cit., 255-256: "Quando se pergunta o que pode prestar a tópica dentro da Ciência do Direito, torna-se de antemão claro que ela é impraticável na medida em que se ligue à retórica; pois o indagar pelo justo não é nenhum problema de pura retórica, por muito que sempre se possa alargar também este conceito. Que, apesar disso, Viehweg não tenha tomado claramente posição, mas antes, pelo contrário, também queira, de modo patente, utilizar também esta componente da tópica para a sua análise da Ciência do Direito é um lapso pesado e prejudicou gravemente a discussão em torno da sua tese; uma afirmação como a 'de que as premissas fundamentais são legitimadas através da aceitação do parceiro na conversa', pode, na verdade, ajustar-se a determinadas formas de discussão, mas é, dentro da Ciência do Direito, puramente inaceitável: as premissas são fundamentalmente determinadas para os juristas através do Direito objectivo, em especial através da lei e não são susceptíveis de uma 'legitimação' por via do 'parceiro na conversa' (qual?!), nem disso carecem". Vide também a discussão que a respeito faz DEGADT, op. cit., p. 32-37.

⁵¹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 43 da edição alemã e p. 43 da edição brasileira.

a diferença entre demonstrar ou fundamentar uma premissa e legitimá-la ou prová-la⁵².

No primeiro caso estar-se-ia diante de uma questão puramente lógica e que reclama um sistema dedutivo na medida em que exige que uma premissa possa ser reconduzida à outra e, por último, a uma proposição nuclear que embasa todo o conjunto ou que possa ser dela deduzida. A tópica, diz Viehweg, supõe que um sistema deste tipo não existe⁵³.

Quando se procura estabelecer um sistema dedutivo, ao qual a ciência, ao menos de um ponto de vista lógico, deve aspirar, então a tópica não pode ter um lugar predominante. Talvez, diz o autor, ela possa ser relevante na seleção das premissas iniciais em alguns campos do saber. Numa situação ideal a dedução torna desnecessária a invenção e o “sistema assume a direção” e “decide por si só sobre o sentido de cada questão”. Construído o sistema de proposições, ele será logicamente explicável a partir das suas proposições nucleares, independentemente das modificações sofridas na situação problemática que estava em sua origem⁵⁴.

Vejamos com mais vagar como a relação entre tópica e sistema é exposta e compreendida por Viehweg.

3. Tópica e Sistema Dedutivo

Quando se encontra um estilo de pensamento em uma área de conhecimento, tal como a tópica na Jurisprudência, abrem-se duas possibilidades do ponto de vista de uma teoria da ciência, afirma Viehweg. Podemos mesmo assim tentar converter o estilo de pensamento da tópica em um método dedutivo ou fazê-lo, tal como ele é, objeto de uma ciência. Tanto se se aplicasse um quanto o outro à Jurisprudência estar-se-ia fazendo uma ciência do direito⁵⁵.

Seu tratamento, esclarece Viehweg, será apenas da primeira possibilidade, ou seja, a substituição da tópica pelo sistema, tendo em vista que este parece ser o desejo predominante na moderna cultura da Europa Ocidental. O autor pretende, portanto, examinar quais seriam os procedimentos necessários para que tal tarefa fosse realizada. Nesse exame,

⁵² Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 43 da edição alemã e p. 43 da edição brasileira.

⁵³ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 43 da edição alemã e p. 43 da edição brasileira.

⁵⁴ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 44-45 da edição alemã e p. 44 da edição brasileira.

⁵⁵ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 81 da edição alemã e p. 75 da edição brasileira.

veremos, torna-se a submeter à prova a idéia da vinculação entre tópicos e Jurisprudência, testada anteriormente sob os ângulos da constância histórica da relação (conforme vimos no capítulo anterior) e da ênfase no pensamento problemático (que vimos até aqui).

Para executar a primeira das possibilidades, seria necessário substituir a tópica pelo sistema, visto que a outra tentativa de que se tem notícia – a manutenção da tópica e seu controle por uma *ars combinatoria* – foi tentada por Leibniz e não obteve resultados satisfatórios⁵⁶.

Viehweg afirma que um caminho que não é o único, mas que é o mais próximo para operar tal transformação, é utilizar-se dos resultados da tópica, colocando-os em uma ordem lógica, ou seja, sistematizando os conceitos e proposições elaborados pela tópica em seus catálogos. É significativo que se parta dos resultados obtidos por ela, o que parece reforçar a afirmação já realizada anteriormente sobre a presença da tópica enquanto *ars inveniendi* na construção das premissas iniciais de um campo de problemas⁵⁷.

A expressão mais precisa de sistematização, de acordo com Viehweg, é obtida pelo uso do método axiomático⁵⁸. Com ele são ordenados, conforme a sua dependência lógica, de um lado os enunciados, de outro os conceitos de uma área qualquer⁵⁹. Viehweg examina exemplificativamente então como, a partir do método axiomático, poderia ser construído um sistema de um determinado direito civil. Somente quando tal tarefa estivesse integralmente cumprida e todos os demais ramos do direito pudessem ser também a ela submetidos, poder-se-ia falar em uma fundamentação lógica do direito positivo e do direito como sistema em sentido lógico⁶⁰.

⁵⁶ Para a análise da proposta de Leibniz vide o item II do Capítulo V. Sobre o cálculo lógico, inclusive o imaginado por Leibniz, vide KLUG, op. cit., 22-25.

⁵⁷ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 81-82 da edição alemã e p. 75-76 da edição brasileira.

⁵⁸ A respeito afirma KLUG, op. cit., p. 7: “Es evidente que la lógica desempeña un papel decisivo en la parte sistemática de la jurisprudencia, ya que el propio concepto de sistema es un específico término lógico, solo la lógica permite establecer cuándo se da en general un auténtico sistema, y qué sentido tiene el hecho de que un dominio del conocimiento se sistematice.”

⁵⁹ Vide KLUG, op. cit., p. 19-20 e também BLANCHÉ, Robert. *La Axiomatique*. Paris: Quadrige/PUF, 1990, especialmente p. 29-91.

⁶⁰ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 82 da edição alemã e p. 76 da edição brasileira. Vale lembrar a observação, ainda na primeira parte deste trabalho, sobre os autores que Viehweg utiliza para fundamentar esta análise do procedimento axiomático-dedutivo de construção de sistemas: Hilbert e Carnap. Vide também GARCIA AMADO, op. cit., p. 144-145.

A Análise da Tópica e suas Consequências para a Jurisprudência

Supondo-se que tal sistema fosse construído, mesmo assim ter-se-ia que lidar com o fato de que talvez a tópica permanecesse na origem dele, na medida em que seria preciso justificar a escolha dos princípios ou axiomas fundamentais, bem como dos conceitos fundamentais. De um ponto de vista estritamente lógico esta escolha é arbitrária. Estaríamos ainda, afirma o autor, diante de uma tarefa de invenção⁶¹.

Independentemente disto, tomando o sistema como conjunto de proposições e trabalhando dedutivamente, continua sendo discutível a eliminação da tópica. Mesmo colocando um ou mais axiomas como pontos de partida da dedução, e elaborando todo um conjunto de conceitos logicamente pertinentes aos axiomas, não é certo que se conseguiu eliminar totalmente a tópica por causa da linguagem natural, que parece ter, ela mesma, uma espécie de tópica oculta⁶².

Isto significa que é preciso recorrer a um formalismo rigoroso, evitando que se infiltrem aspectos não justificáveis logicamente. Para tanto é preciso cumprir duas etapas sucessivas: os sentidos dos termos utilizados deveriam ser imunes à interpretação baseada em elementos externos, ou seja, o sentido natural deveria ser indiferente e eles entendidos exclusivamente a partir das relações conceituais em que assentam. Além disso, não se poderia acrescentar em sua definição qualquer outro elemento advindo da vida, do idioma ou do problema correspondente. As relações sucessivas seriam realizadas única e exclusivamente a partir dos elementos internos⁶³.

O passo seguinte é reproduzir este tecido de relações por intermédio de um cálculo⁶⁴. Conforme Viehweg: “deve chamar-se cálculo a

⁶¹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 84 da edição alemã e p. 76-77 da edição brasileira.

⁶² Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 84 da edição alemã e p. 77-78 da edição brasileira. Nesse sentido afirma BALLWEG, Ottmar. *Retórica Analítica e Direito*. Tradução de João Maurício Adeodato. *Revista Brasileira de Filosofia*, 163. São Paulo: IBF, 1991, p. 175-184, p.176: “A linguagem mesma é retórica. Ela tem todos os meios retóricos a seu alcance, cada um com a função específica que lhe é atribuída nos sistemas lingüísticos sociais. No processo de condensação retórica da linguagem comum em direção às linguagens de controle (e científicas) do direito, do dinheiro, do poder, do amor, dos mitos e religiões encontram-se as *retóricas materiais*, com as quais preenchemos as funções básicas da vida em comum, tais como orientação e ordenação, regularidade e vinculação duradoura, posicionamento e relacionamento. Estes sistemas lingüísticos – no sentido de linguagens de comando – constituem o vocabulário filtrado da linguagem comum, do qual nós temos que nos utilizar. Suas funções podem todavia ser ainda melhor desempenhadas se forem mantidas latentes...”

⁶³ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 84-85 da edição alemã e p. 78 da edição brasileira.

⁶⁴ BLANCHÉ, op. cit., p. 60-61, explicando a passagem teórica do raciocínio ao cálculo, assim se manifesta: “On conçoit qu’il serait pratiquement impossible de satisfaire à des exigences aussi strictes si l’on continuait de s’exprimer dans le langage usuel, avec son imprecision et ses innombrables irrégularités. C’est pourquoi, en fait, la formalisation suppose la symbolisation.”

uma combinatória (*ars combinatoria*) que, partindo de algumas posições iniciais (fórmulas iniciais), permita chegar a outras posições (fórmulas), de acordo com alguns preceitos operativos fixos e o mais simples que seja possível”⁶⁵.

O procedimento calculatório desenvolve-se do seguinte modo: às proposições fundamentais (que estabelecem as relações iniciais) do sistema correspondem as fórmulas iniciais, aos conceitos as variáveis nestas fórmulas, à obtenção de conclusões os preceitos operativos da combinatória. Para assegurar o desenvolvimento desta combinatória, introduzem-se sinais simbólicos semelhantes aos matemáticos⁶⁶.

O problema, afirma Viehweg, é que este cálculo acaba sendo aplicável a qualquer disciplina porque seus signos não têm nenhuma correspondência com a realidade. A fim de delimitar seu âmbito de aplicação é preciso fazer referência de um modo especial a essa realidade. Isto se pode fazer dotando o cálculo de um correspondente preceito de interpretação⁶⁷. Resolve-se um problema, mas cria-se a dificuldade de que novamente, de um ponto de vista lógico, voltamos a tratar com dados arbitrários e para lidar com o referido preceito de interpretação abrimos a porta à tópica⁶⁸.

O caminho realizado até aqui demonstra, diz Viehweg, que a tópica nunca pode ser totalmente afastada de um sistema real⁶⁹, porque está presente no seu começo e na sua interpretação, a não ser quando se pode ter um sistema completamente abstrato, como a matemática, na

⁶⁵ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 85 da edição alemã e p. 78-79 da edição brasileira. Vide também KLUG, op. cit., p. 27-112.

⁶⁶ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 85 da edição alemã e p. 78-79 da edição brasileira. Vide também KLUG, op. cit., p. 27-112 e BLANCHÉ, op. cit., p. 57-63.

⁶⁷ A este respeito afirma KLUG, op. cit., p. 19: “Cuando el método axiomático se aplica a la lógica misma, los axiomas y conceptos fundamentales que aparecen son, naturalmente axiomas y conceptos fundamentales lógicos. Cuando el método axiomático se aplica a otra rama de la ciencia, hay que distinguir en cada caso *dos* diferentes grupos de axiomas y conceptos fundamentales: Primero, aquellos que no son de índole puramente lógica, y además, segundo, los axiomas y conceptos fundamentales lógicos. Los primeros caracterizan la respectiva rama científica y los últimos indican el sistema lógico empleado en cada caso.”

⁶⁸ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 86 da edição alemã e p. 79 da edição brasileira.

⁶⁹ Interessante neste sentido a discussão realizada por Porchat Pereira sobre a construção do silogismo demonstrativo como base da ciência por Aristóteles, na qual o autor sustenta que a matemática foi o campo temático sobre o qual ele se apoiou. Isto reforça a constatação acima feita por Viehweg. Vide PEREIRA, op. cit., p. 59 e ss.

A Análise da Tópica e suas Consequências para a Jurisprudência

qual não ocorre a formalização de um território real, mas uma construção que é desde o início abstrata⁷⁰.

Afirmar a Jurisprudência como um sistema, afirma Viehweg, contemporaneamente significa fazer uso dos preceitos acima mencionados e ser em relação a eles julgado⁷¹. Nesse sentido é possível pensar que “no âmbito jurídico a unidade sistemática é, em linhas gerais, algo antecipado. Dificilmente é possível assinalar até que ponto ela existe efetivamente, ainda que seja de um modo, por assim dizer, parcial e aproximado, pois faltam as correspondentes investigações axiomáticas”⁷².

O que Viehweg chama de tecido jurídico, não é, portanto, um sistema em sentido lógico, mas sim uma pluralidade de sistemas de alcance diverso e cuja relação recíproca não é comprovável.

O exame da primeira possibilidade leva o autor, como se pode ver, à conclusão de que não contamos com um sistema dedutivo no direito que se coadune com o conhecimento contemporâneo sobre os sistemas lógicos.

Para fundamentar sua afirmação, Viehweg afirma que são quatro os pontos pelos quais a tópica entra no sistema jurídico, dificultando assim a sua transformação em sistema no sentido lógico do termo: a interpretação, a aplicação do direito, o uso da linguagem natural e a fixação dos fatos *sub judice*⁷³.

Em primeiro lugar, diante da pluralidade de sistemas que precisam ser relacionados para que se obtenha uma certa concordância, é necessário que sejam eliminadas as contradições por intermédio da interpretação. Além disso, as modificações temporais que o direito sofre requerem também a interpretação como modo de atualização. É por intermédio da interpretação que a tópica entra no sistema jurídico⁷⁴.

⁷⁰ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 86 da edição alemã e p. 79 da edição brasileira. Para alguns críticos esta afirmação revelaria uma confusão de Viehweg entre contexto de descobrimento das teorias e seu contexto de justificação. A tópica poderia estar presente em seu contexto de descobrimento mas não em seu contexto de justificação. Vide a respeito DEGADT, op. cit., p. 26-28.

⁷¹ Viehweg parece estar querendo afirmar, neste ponto de sua argumentação, que para tratar desse tema temos de fazer uso das concepções mais avançadas da lógica, ou seja, da lógica simbólica. Neste mesmo sentido KLUG, op. cit., p. 248: “Pero si la lógica es un instrumento indispensable para la ciencia del derecho y a filosofía jurídica, es entonces de suyo comprensible que se deba utilizar este instrumento en su forma más aguda y avanzada, como la que ofrece la teoría lógica moderna, que trabaja con la técnica de la calculización.”

⁷² Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 87 da edição alemã e p. 80 da edição brasileira.

⁷³ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 87-90 da edição alemã e p. 80-84 da edição brasileira.

⁷⁴ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 87-88 da edição alemã e p. 80-81 da edição brasileira.

Um segundo ponto de entrada da tópica no direito é a problemática de sua aplicação, na qual incide também a interpretação. Se exigirmos ao mesmo tempo a solução de todas as controvérsias jurídicas dentro de um sistema e a manutenção de sua perfeição lógica, com certeza não conseguiremos atender as duas exigências. Possivelmente restarão problemas sem solução se privilegiarmos a perfeição lógica e o custo de resolvê-los todos implicará em um esforço de redução, comparação, síntese etc., que requer a interpretação e a conseqüente presença da tópica⁷⁵.

O terceiro aspecto que Viehweg menciona é o uso da linguagem natural. Segundo o autor, “hoje está claramente estabelecido que a linguagem unifica uma pletora quase ilimitada de horizontes de entendimento, que variam continuamente. A linguagem apreende incessantemente novos pontos de vista inventivos, à maneira tópica”⁷⁶. Esta sua característica torna-a flexível e adaptável às cambiantes necessidades da convivência humana. Torna, contudo, os termos e conceitos pouco confiáveis do ponto de vista dedutivo.

O quarto ponto de entrada da tópica, o qual decorre, de certo modo, do uso da linguagem natural, é a necessidade de se interpretar e fixar os fatos que precisam de tratamento jurídico. Para conduzi-los ao sistema jurídico, diz Viehweg, realiza-se uma interpretação provisória que supõe um panorama prévio aproximativo, à maneira da tópica. Essa operação implica num percurso de ida e volta entre os fatos e o ordenamento jurídico, na qual se parte de uma compreensão provisória do conjunto do direito, forma-se a partir dela a compreensão dos fatos, que por sua vez repercute de novo sobre a compreensão do direito⁷⁷.

A eliminação desses quatro pontos de irrupção da tópica no direito poderia viabilizar a sua transformação em um sistema e requereria os seguintes procedimentos: axiomatizar rigorosamente todo o direito; proibir a interpretação dentro do sistema, o que requereria a formalização do cálculo; estabelecer preceitos de interpretação dos fatos que estivessem orientados exclusivamente para o sistema jurídico; admitir as decisões *non liquet*; conseguir uma atividade ininterrupta e sistematicamente rigorosa do legislador sobre os casos até então insolúveis⁷⁸.

⁷⁵ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 88-89 da edição alemã e p. 81-82 da edição brasileira.

⁷⁶ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 89-90 da edição alemã e p. 82 da edição brasileira. Vide BALLWEG, *Retórica Analítica e Direito*, op. cit., p. 176 e também BLANCHÉ, op. cit., p. 60-61.

⁷⁷ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 90 da edição alemã e p. 82-83 da edição brasileira.

⁷⁸ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 92 da edição alemã e p. 84 da edição brasileira.

A Análise da Tópica e suas Conseqüências para a Jurisprudência

É importante atentarmos para o fato de que Viehweg entende que o projeto de transformar a Jurisprudência em uma ciência no sentido moderno do termo, recorrendo para isso à sistematização dedutiva e ao procedimento da subsunção, não é um problema em si e requer, como propõe a maior parte da ciência jurídica moderna, exatamente a eliminação da tópica no direito. O que o autor questiona é a viabilidade de fazê-lo, dada a função social da Jurisprudência e a possibilidade de se entender a tarefa do cientista do direito, agora no sentido rigoroso do termo, de um outro modo⁷⁹.

Restaria, pois, o caminho que listávamos como segunda alternativa. Esta possibilidade é registrada por Viehweg do seguinte modo:

Diante do tipo de Ciência do Direito que acabamos de examinar, pode-se colocar a que mais acima mencionávamos em segundo lugar. Esta não tenta modificar em sua essência a *techne* jurídica. Concebe-a, em conseqüência, como uma forma de aparição da incessante busca do justo. O direito positivo emana desta busca, a qual continua com base neste mesmo direito positivo. Esta busca, com todas as suas peculiaridades humanas, é seu grande objeto de investigação. Não pode ser absorvida pela jurisprudência, senão que, frente a ela, é o primeiro recurso purificador e seguro, que há de mostrar suas possibilidades e oferecer uma ajuda praticável. Atrás dela, como ocorre em outras disciplinas especializadas, tem de existir uma teoria do direito, que aqui há de ser uma concisa teoria da praxis, entendida em seu mais amplo sentido. Uma teoria semelhante até agora só se encontra de um modo isolado. Como em suas investigações tem de mover-se em torno de tentativas de sistematização, de novo terá de tomar a tópica em consideração⁸⁰.

A análise empreendida por Viehweg conduziu-nos, portanto, ao ponto de afirmar que a maneira mais aceitável de se fazer ciência do direito é tomar o estilo de trabalho do jurista, isto é, a sua praxis, como objeto de estudo. Assim é necessário, podemos compreender, porque no campo jurídico nos encontramos sempre diante do pensamento problemático. Isto ocorre pela presença da inelutável aporia da justiça que funda e organiza toda a argumentação desenvolvida em nossa disciplina.

⁷⁹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 91 da edição alemã e p. 83-84 da edição brasileira.

⁸⁰ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 93-94 da edição alemã e p. 85 da edição brasileira.

A Jurisprudência guarda para com a tópica, portanto, uma relação de vinculação que Viehweg indica como indissolúvel: na medida em que nos deparamos sempre com a necessidade de buscar novas premissas para a discussão dos problemas, recorreremos à tópica enquanto arte da invenção. Se olharmos a questão de outro ângulo, podemos afirmar, nesse sentido, que a função social desenvolvida pela Jurisprudência nos coloca diante da tópica.

É possível entender, pois, que a razão para adotar a segunda possibilidade de se fazer ciência poderia ser encontrada no fato de que o método axiomático-dedutivo, que elimina esse estilo advindo da presença da tópica, não está em condições, nem por provas e talvez nem por demonstrações, diz Viehweg, de substituí-lo no campo jurídico⁸¹.

Esta afirmação, que consubstancia a tese de que a Jurisprudência é tópica, recebeu inúmeras críticas. As mais contundentes advêm daqueles autores que haviam recusado o uso da distinção entre problema e sistema, como Canaris e Diederichsen, por argumentos já examinados quando abordamos o uso que Viehweg faz da distinção de Nicolai Hartmann⁸².

Podemos dizer, sinteticamente, que a crítica se volta especialmente para a afirmação de que a estrutura da Jurisprudência é tópica, dizendo que os argumentos carreados por Viehweg a sua tese não a provam suficientemente. Isto vale especialmente para o argumento desenvolvido acima, que afasta a presença do sistema dedutivo e afirma, conseqüentemente, a presença da tópica. A afirmação de Viehweg de que a tópica está sempre presente não lhes parece nem clara, nem necessária.

Não é necessária porque esses autores entendem que afastar o sistema axiomático-dedutivo não implica em afastar outras formas de sistema.⁸³ Não é clara porque Viehweg dá uma definição de tópica que não explica suficientemente o seu papel no Direito. Esta talvez seja a crítica mais freqüente à tese de Viehweg. Nela convergem, ainda que com propósitos diversos, Engisch⁸⁴, Garcia Amado⁸⁵, Canaris⁸⁶ e Degadt⁸⁷.

⁸¹ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 81 da edição alemã e p. 75 da edição brasileira.

⁸² Vide item 1 deste Capítulo.

⁸³ Vide CANARIS, op. cit., p. 243-269 e DIEDERICHSEN, op. cit., p. 697-752.

⁸⁴ Vide ENGISCH, op. cit., p. 381-387.

⁸⁵ Vide GARCIA AMADO, op. cit., p. 170, 361-370.

⁸⁶ Vide CANARIS, op. cit., 255-262.

⁸⁷ Vide DEGADT, op. cit., p. 33-42, 62-69.

A Análise da Tópica e suas Consequências para a Jurisprudência

Ainda quanto ao primeiro ponto de crítica – relação tópica e sistema – é verdade que Viehweg não se posiciona de uma forma expressa. É certo, contudo, pelas suas próprias afirmações, que ele entendia que sistema não necessariamente significa sistema dedutivo, embora logicamente o sistema dedutivo seja o mais perfeito, conforme vimos acima. Em uma das poucas respostas diretas que dá a seus críticos, Viehweg diz que considerar que o sistema dedutivo não serve como estrutura à Jurisprudência não significa dizer que não se aceita nenhum conceito de sistema⁸⁸.

Esta confusão é causada, afirma, porque o conceito de sistema dedutivo acabou afastando da consciência científico-jurídica todos os demais, fazendo com que às vezes se identifique o próprio conceito de sistema com sistema dedutivo, e supondo que quem rechaça o sistema dedutivo rechace também todo sistema⁸⁹. Parece, portanto, que Viehweg entende a presença da tópica na Jurisprudência como algo que impede a construção do sistema dedutivo, mas não impede que alguma forma de sistema possa aparecer⁹⁰.

Vinculada estreitamente à crítica acima mencionada, encontra-se aquela que afirma que Viehweg estaria “lutando contra moinhos de vento”, à maneira de Dom Quixote, na medida em que, pelo menos desde que a Jurisprudência dos Conceitos perdeu espaço teórico, ninguém mais utiliza um conceito de sistema dedutivo. Além disso, afirmam os críticos, a própria Jurisprudência dos Conceitos não trabalhava com os meios lógicos hoje existentes e por isso não pode ser avaliada nestes termos⁹¹.

Parece-nos que o interesse de Viehweg não era apenas criticar os pressupostos ou a construção da Jurisprudência dos Conceitos, mas sim

⁸⁸ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 97-106 da edição alemã dos pequenos escritos, ou *Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 71-85, na coletânea espanhola.

⁸⁹ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 104, ou *Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 82.

⁹⁰ Em direção semelhante argumenta Garcia Amado quando examina o modo como Viehweg considera a relação entre tópica e sistema, afirmando que uma primeira análise parece levar a uma contraposição radical, mas que uma observação mais detida dos argumentos do autor acaba por revelar outras possibilidades, considerando-se então sistema de um modo mais amplo, como quando Viehweg menciona um sistema didático. Cfe. GARCIA AMADO, op. cit., p. 144-145.

⁹¹ Vide GARCIA AMADO, op. cit., p. 296 e CANARIS, op. cit., p. 266-267. Sobre a Jurisprudência dos Conceitos e seu conceito de sistema vide LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 19-39. Sobre a crítica de Viehweg ser voltada à Jurisprudência dos conceitos, vide também ZIPPELIUS, op. cit., p. 12.

ver o fenômeno jurídico sob outro ângulo, que podia ser melhor esclarecido com a tópica. Entendemos assim a sua afirmação de que lhe importa examinar a sugestão de Vico da mudança de estrutura na passagem para o pensamento moderno.

Procuramos mostrar também (no primeiro e segundo capítulos deste trabalho) que o modelo moderno de ciência trabalha com os pressupostos que indiretamente levam à consideração de que somente existe um modo de se fazer ciência o qual vincula-se com a demonstração, e contra esta visão é que Viehweg movia sua crítica. Além disso, é discutível se a opinião comum dos juristas práticos, com os quais Viehweg sempre se preocupa⁹², não opera ainda hoje com os pressupostos que estavam presentes na Jurisprudência dos Conceitos e também por isso seja interessante mostrar os limites do pensamento sistemático na praxis jurídica.

Vejamos essa questão de forma mais detalhada.

4. A Classificação de Viehweg Quanto aos Sistemas e a Distinção entre Dogmática e Zetética

O modo como Viehweg trata a problemática da estrutura dos sistemas em ensaios posteriores à *Topik und Jurisprudenz*, reforça a idéia de que o autor não entendia de um modo simplista a relação entre a tópica e a Jurisprudência, embora ele mesmo jamais tenha explicado expressamente ou em detalhes como relacionava sua posição em ambos os contextos de escrita.

Nesses ensaios é proposta uma classificação que utiliza dois critérios distintos, separando os sistemas em razão de sua função e em razão de sua estrutura. A função pode ser zetética, dogmática ou didática. No que diz respeito à estrutura o sistema pode ser dedutivo, tópico, serial, cibernético, dialético moderno ou dialético clássico⁹³.

⁹² Vide, por exemplo, os ensaios que examinam o positivismo jurídico: *Was heisst Rechtspositivismus?* na coletânea alemã p. 166-175, ou *¿Qué significa Positivismo Jurídico?* na coletânea espanhola, p. 52-65 e *Positivismus und Jurisprudenz*, somente na coletânea alemã, p. 159-165.

⁹³ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 97-106 da coletânea alemã ou *Problemas Sistemáticos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 71-85 da coletânea espanhola. Do mesmo modo em *Some Considerations Concerning Legal Reasoning*, p. 113-115 da coletânea alemã e em *Algunas Consideraciones Acerca del Razonamiento Jurídico*, p. 124-127 da coletânea espanhola.

A Análise da Tópica e suas Consequências para a Jurisprudência

No contexto em que essas distinções são apresentadas, Viehweg desenvolve inicialmente a noção de sistema zetético e dogmático como funcionalmente necessários e menciona que ambos podem assumir e o fazem com frequência, a característica funcional de um sistema didático. Nessa apresentação comparecem as idéias que examinamos no item I do Capítulo III, caracterizando o enfoque dogmático como vinculado aos seus pontos de partida e o zetético como reflexivo ou investigativo⁹⁴.

Feitas as considerações sobre os sistemas em sua perspectiva funcional, Viehweg afirma que eles podem assumir diferentes estruturas a fim de cumprirem sua função. Assim, diz o autor, todas as estruturas acima mencionadas se dão tanto na dogmática quanto na zetética jurídica ou filosófica e seguem dependendo, em última instância, da respectiva função sistêmica, ou seja, há que abandoná-las quando não satisfaçam as expectativas funcionais⁹⁵.

O primeiro tipo de estrutura, que Viehweg chama de serial, aparece quando se parte de uma concepção de sistema bastante simplificada, entendendo-o como um todo constituído por uma combinação, meramente enumerativa, de seus elementos. No campo da investigação é utilizado para armazenar dados com fins informativos e no campo dogmático representa a organização de catálogos de *topoi*, como os utilizados por culturas jurídicas mais simples ou os transmitidos de múltiplas maneiras pela tradição jurídica, até mesmo no Renascimento⁹⁶.

Com base no conteúdo de sistemas seriais pode-se passar a uma sistematização mais sofisticada, já de caráter dedutivo. Para isto, é necessário que se considere possível indicar princípios inatacáveis a partir dos quais se poderia inferir todas as proposições jurídicas necessárias e então construir dedutivamente o sistema. Os esforços nessa direção, afirma Viehweg, nunca foram completamente exitosos e alcançaram seu ponto culminante na Europa nos séculos XVII e XVIII. Nesse período postulava-se um sistema fechado, cuja exigência é a de que uma pluralidade seja reunida em um todo fechado mediante a derivação de um ou de poucos princípios⁹⁷.

⁹⁴ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 103 ou *Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 80.

⁹⁵ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 103 ou *Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 80.

⁹⁶ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 103-104 ou *Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 81.

⁹⁷ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 103-104 ou *Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 81.

No âmbito zetético, diz Viehweg, o sistema dedutivo pode ter importância apenas parcial, pois o pensamento reflexivo mantém em movimento todos os resultados. Já no âmbito dogmático poderia apresentar melhores resultados, visto que os princípios necessários à derivação posterior podem ser fixados de uma vez para sempre. Sua implementação é, contudo, dificultada porque se esbarra na proibição do *non liquet*. Na medida em que se deve considerar todas as questões como decidíveis a partir do sistema impõe-se a sua modificação constante, por intermédio da interpretação, o que seguramente prejudica o rigor da dedução⁹⁸.

Pode-se perceber claramente nessas considerações sobre o sistema dedutivo, que encontramos aqui com argumentos similares aos da tese central exposta em *Topik und Jurisprudenz*, agora acrescida de observações sobre a aplicabilidade do sistema dedutivo ao sistema zetético. Embora não desenvolva em maiores detalhes, Viehweg afirma claramente que um sistema zetético, na medida em que precisa manter seus resultados sempre como questionáveis, não pode desenvolver-se ao modo dedutivo.

No que diz respeito ao sistema cibernético, sua idéia central, a auto-regulação, possui importância visível para a dogmática jurídica e para a zetética, principalmente para a sociologia do direito. Referindo-se a Ballweg, Viehweg diz que o jogo recíproco de realidade jurídica, âmbito das decisões jurídicas, da dogmática jurídica e da doutrina básica foi apresentado recentemente como um circuito regulador⁹⁹. Nessa concepção se utiliza uma sistemática fechada, que se move por si mesma e parece especialmente atrativa para reflexões sociológicas de cunho mecanicista. Por isso mesmo ela acabou por exercer grande influência no mundo socialista¹⁰⁰.

Com essa referência ao mundo socialista, Viehweg passa imediatamente ao sistema dialético moderno, o qual teve influência na ciência do direito dos séculos XIX e XX. Essa influência é um grande tema, segundo o autor, pois revela uma vinculação entre concepção de mundo e doutrina de base, repetindo aqui uma observação que discutíamos quando examinávamos a sua concepção de doutrina de base e ideologia jurídica¹⁰¹. A mencionada influência se deve, em não

⁹⁸ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 104 ou *Problemas Sistemáticos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 82.

⁹⁹ Vide BALLWEG, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, op. cit., passim.

¹⁰⁰ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 105 ou *Problemas Sistemáticos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 83-84.

¹⁰¹ Vide item 2 do Capítulo III.

A Análise da Tópica e suas Conseqüências para a Jurisprudência

pouca medida, ao fornecimento de uma notável unidade entre investigação jurídica e dogmática jurídica, pela introdução de uma omnicomprensiva convicção histórico-filosófica e sua manutenção como dogma básico¹⁰².

A não-aceitação do dogma básico que fundamenta o sistema de estrutura dialética moderna leva a olhar com interesse, de acordo com Viehweg, o sistema dialético clássico ou tópico. Este procede da retórica e permanece vinculado a ela. Limita-se a ser um sistema de argumentação, orientando-se para um todo ordenado segundo problemas. Oferece, para a solução de sua problemática, tanto no campo zetético quanto dogmático a compilação de pontos de vista. Esta compilação pode ser entendida até mesmo como sistema básico, ao qual podem ser referidos os outros sistemas, em especial o dedutivo ou o dialético moderno, e serem desenvolvidos a partir dele¹⁰³.

O sistema tópico, agrega Viehweg, está em permanente movimento e sua formulação respectiva indica tão somente uma etapa da argumentação no manejo da problemática correspondente. Pode ser adequadamente designado como um sistema aberto, já que mantém aberta a outros pontos de vista sua análise. Se determinadas respostas ao problema são subtraídas a ulterior exame e se as conserva inatacáveis, surge então de um sistema zetético um sistema dogmático¹⁰⁴.

A primeira e mais óbvia constatação que podemos retirar desta exposição é a de que um sistema jurídico pode ter várias configurações estruturais possíveis e bastante divergentes entre si, como é o caso do sistema serial e do sistema cibernético. A segunda é a de que isto reforça o argumento antes exposto de que a contraposição entre tópica e sistema não deve ser lida de modo estreito, até porque, como vimos, existe um sistema cuja estrutura é tópica.

De um ponto de vista menos evidente podemos entender, ainda, que quando Viehweg mostra a diferença entre estrutura e função dos sistemas, está salientando que os sistemas jurídicos são construções. O que parece ser fixo, por assim dizer, é a presença de um sistema dogmático e de outro zetético, bem como da possibilidade de eles serem expostos em forma didática, para fins propedêuticos. Em uma sociedade, como vimos

¹⁰² Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 105-106 ou *Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 84.

¹⁰³ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 106 ou *Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 84-85.

¹⁰⁴ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 106 ou *Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 85.

no Capítulo III, essas formas de pensamento e organização dos conhecimentos são funcionalmente necessárias e complementares entre si.

Como esses sistemas serão construídos, suas estruturas, é algo que depende de cada momento histórico, ou seja, está ligado à necessidade de legitimação e ao modo como cada época entende sua tarefa científica, conforme levantávamos anteriormente¹⁰⁵. Assim, um sistema dedutivo será uma aspiração dos séculos XVII e XVIII, como Viehweg lembra inúmeras vezes, e um sistema dialético moderno uma característica dos regimes socialistas do século XX. Tanto em um exemplo quanto em outro podemos dizer que o sistema dogmático e o sistema zetético serão, ao menos tendencialmente, construídos de acordo com estas estruturas. O importante é não esquecer que a dimensão funcional é determinante da estrutura, no sentido de que quando um sistema estruturado de um determinado modo deixa de cumprir com sua função, precisa ser substituído¹⁰⁶.

Se ligássemos essa idéia do sistema jurídico como construção com a conhecida distinção entre lógica dos juristas e lógica jurídica ou das normas¹⁰⁷, como faz Garcia Amado a propósito da elaboração teórica de Viehweg, poder-se-ia dizer que o autor está preocupado, quando alerta para a implicação que a dimensão funcional possui em relação à estrutura que um sistema pode ter, com a lógica dos juristas e não com a lógica das normas. Assim poder-se-ia entender porque a idéia de construção de diferentes estruturas aponta para a argumentação realizada a propósito do direito em um determinado tempo e lugar, seja do ângulo zetético, seja do ângulo dogmático. Não estaria em questão, no sentido da lógica das normas, a efetiva configuração dos ordenamentos jurídicos¹⁰⁸.

Essa interpretação de Garcia Amado parece bastante razoável e cremos que ela pode ser aceita. Parece-nos, contudo, que outra possibilidade de entendimento existe e gostaríamos de deixá-la registrada. Podemos pensar, pelo conjunto de pressupostos que Viehweg utiliza, que o autor entende que o sistema propriamente dito é apenas o obtido na

¹⁰⁵ Vide o item 2 do Capítulo III.

¹⁰⁶ Viehweg deixa isso bastante claro: "Así pues, todas estas estructuras se dan tanto e la dogmática como en la investigación jurídica (de tipo específico o filosófico), en donde siguen dependiendo, en última instancia, de la respectiva función sistémica, es decir, por lo general, hay que abandonarlas cuando no satisfacen las expectativas funcionales." Cfe. *Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 85 ou *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 106.

¹⁰⁷ Vide, a propósito, BOBBIO, Norberto. *Derecho y Lógica*, op. cit., p. 23 e também a apresentação de Giuliano Crifó à tradução italiana de *Topik und Jurisprudenz*, publicada em Milão, pela Giuffrè, em 1962, p. VII-XXIV.

¹⁰⁸ Vide GARCÍA AMADO, op. cit., p. 146-150.

A Análise da Tópica e suas Consequências para a Jurisprudência

argumentação dos juristas, na medida em que a norma mesma é algo que precisa ser interpretado para que possa ter um sentido. Assim, o que se chama de ordenamento jurídico nada mais é do que uma leitura, com uma boa margem de consenso, sobre o sentido das normas que o compõem, em especial a partir de um enfoque dogmático.

Viehweg nunca se pronunciou estritamente sobre este assunto, nem utiliza a distinção entre lógica dos juristas e lógica das normas¹⁰⁹. É interessante, todavia, observar que sua tese da natureza tópica da Jurisprudência deixou implícita a possibilidade de se considerar as normas jurídicas como *topoi*, cujo papel é o de servir de pontos de partida em séries argumentativas e cuja característica é somente ganharem um sentido por relação ao problema que está sendo discutido. Não haveria, portanto, um sentido predeterminado das normas jurídicas, mas este seria construído no debate jurídico. Este é, aliás, um dos pontos nos quais a crítica demoradamente insistiu¹¹⁰.

Seja de que ângulo olharmos esta questão, optando pela primeira ou pela segunda hipótese de interpretação, é certo que a articulação entre sistema dogmático e zetético e as suas diferentes estruturas leva a considerar que esta articulação pressupõe uma espécie de ordem de preferência. Parece bastante plausível entender que Viehweg indica, ainda que não explicitamente, qual a estrutura menos adequada ao sistema jurídico – dogmático ou zetético – e estabelece uma ordem de preferência entre os demais, situando alguns como menos adequados, outros como adaptáveis, mas com algumas restrições, até chegar ao que considera a melhor opção.

Viehweg menciona expressamente os obstáculos para se realizar a sistematização dedutiva tanto no sistema dogmático quanto no zetético. Isto significa, em nosso entendimento, que sua opinião é de que esta estrutura é a menos desejável para a construção de sistemas jurídicos¹¹¹.

¹⁰⁹ Por ocasião de sua resposta a uma enquête realizada pelos *Archives de Philosophie du Droit*, cujo tema foi lógica jurídica, Viehweg responde aos questionamentos mencionando Bobbio, Kalinowski e García Maynez, mas não faz nenhuma referência à distinção mencionada, que é conhecida ao menos por Bobbio. Nessas respostas aparece também de modo claro a sua preocupação com a dimensão prática da argumentação dos juristas. Nela, afirma Viehweg, não é possível trabalhar apenas com a lógica-matemática contemporânea. Vide, na coletânea alemã *La "Logique Moderne" du Droit*, p. 186-188 e na coletânea espanhola, *La "Lógica Moderna" del Derecho*, p. 66-70.

¹¹⁰ Assim por exemplo, CANARIS, op. cit., p. 256-261, GARCIA AMADO, 244-254.

¹¹¹ Cf. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 104 ou *Problemas Sistemáticos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 81-82. Também em *Topik und Jurisprudenz* p. 13-14 da edição alemã e p. 17-18 da edição brasileira, quando observa que a teoria jurídica insistiu, por assim dizer, em trabalhar com um ideal de sistema dedutivo que oculta as características peculiares do modo de pensar do jurista e dificulta que se faça uma teoria adequada.

Em relação aos sistemas serial, cibernético, dialético clássico e dialético moderno nenhuma restrição tão explícita é feita. O dialético moderno implica, segundo o autor, em uma aceitação de seu dogma básico e caso não o aceitemos, com ele não podemos trabalhar¹¹². Já o cibernético traz consigo um certo mecanicismo e parece mais adequado à sociologia¹¹³.

Restam ainda os sistemas serial e dialético clássico ou tópico. Em relação ao primeiro, nenhuma observação é realizada, mas podemos compreender que este guarda um vínculo bastante significativo com o tópico ou dialético clássico, na medida em que os catálogos de *topoi*, como lembra Viehweg, são o exemplo mais conhecido que temos de sistema serial. A compilação de pontos de vista, outra maneira de chamar os *topoi*, é também o objetivo dos sistemas tópicos ou dialéticos clássicos. O autor diz ainda que esta compilação de pontos de vista poderia ser considerada como sistema de base em nossa disciplina. A partir deste sistema de base poderiam ser construídos sistemas outros, especialmente o dedutivo ou o dialético moderno¹¹⁴. Essa observação em nada difere daquela feita sobre a relação entre o sistema serial e o dedutivo, quando afirmava o autor que as premissas do sistema dedutivo podem ter sua origem em um sistema serial¹¹⁵.

A diferença entre ambos parece-nos poder ser localizada na circunstância de que o sistema dialético clássico é definido com base em alguns pontos adicionais ao sistema serial. Assim, ele é entendido como um sistema de argumentação orientado aos problemas. Nessa tarefa realiza a compilação de pontos de vista que são os catálogos de *topoi*. Além disso, afirma o autor, o sistema tópico ou dialético clássico é aberto e em constante movimento. Sua formulação dos problemas é apenas uma etapa no processo de argumentação e suas respostas são mantidas em constante revisão. Caso não sejam mantidas assim, ver-se-á nascer deste sistema zetético um sistema dogmático¹¹⁶.

¹¹² Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 105-106 ou *Problemas Sistemáticos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 84.

¹¹³ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 105 ou *Problemas Sistemáticos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 83.

¹¹⁴ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 106 ou *Problemas Sistemáticos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 84.

¹¹⁵ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 103-104 ou *Problemas Sistemáticos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 81.

¹¹⁶ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 106 ou *Problemas Sistemáticos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 85.

A Análise da Tópica e suas Consequências para a Jurisprudência

A preferência de Viehweg parece ser, e isto fica ainda mais evidente se olharmos a discussão em seu contexto mais amplo, pelo sistema dialético clássico ou tópico. Esta preferência não é manifestada de modo tão aberto na apresentação das estruturas dos sistemas, mas vem de qualquer modo sugerida quando o autor diz que: “Quizá valga la pena considerar si en nuestro campo de conocimiento no se percibe ya algo que puede tener importancia en otros campos del conocimiento como tópica general”¹¹⁷. Ela é corroborada por outras passagens nas quais o autor manifestamente elogia a perspectiva tópica na construção do saber jurídico¹¹⁸.

Com base na discussão realizada até aqui, entendemos que o mais aceitável seja afirmar que Viehweg entendia não haver uma vinculação entre estrutura e função, no sentido de que apenas uma estrutura seria adequada para cumprir a função social requerida dos sistemas dogmático e zetético. Se assim não fosse, sua argumentação deveria conduzir à escolha inequívoca de uma estrutura para cada sistema.

Se não há uma ligação preestabelecida entre estrutura e função dos sistemas, nem por isso Viehweg deixa de mostrar qual das opções lhe parece melhor. Com isso se quer dizer que a sua elaboração teórica procura ressaltar a idéia de que a estrutura tópica é a mais adequada para o desenvolvimento dos sistemas jurídicos e quiçá de outros campos de conhecimento, conforme vimos na citação acima. Entendemos que toda a argumentação de Viehweg, tanto em *Topik und Jurisprudenz* quanto nos ensaios posteriores, leva a esta conclusão, mesmo se ele não a explicita peremptoriamente¹¹⁹.

O argumento mais importante deve ser retirado da concepção que Viehweg apresenta sobre a teoria retórica da argumentação jurídica. Vi-

¹¹⁷ Cfe. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, p. 106 ou *Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica*, p. 85.

¹¹⁸ Vide o parágrafo 9º. de *Topik und Jurisprudenz*, p. 111-119 da edição alemã e 101-107 da edição alemã, bem como os seguintes artigos: *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin*, na coletânea alemã, p.191 ou *Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica*, na coletânea espanhola, p.163; *Sobre el desarrollo contemporáneo de la tópica jurídica*, somente na coletânea espanhola, p. 180.

¹¹⁹ Como por exemplo nesta passagem, na qual caracteriza a tarefa da ciência do direito que se desenvolve tendo como objeto a Jurisprudência, e salienta que suas sistematizações terão de ser parciais, o que implica tomar a tópica novamente em consideração: “Atrás dela, como ocorre em outras disciplinas especializadas, tem de existir uma teoria do direito, que aqui há de ser uma concisa teoria da praxis, entendida em seu mais amplo sentido. Uma teoria semelhante até agora só se encontra de um modo isolado. Como em suas investigações tem de mover-se em torno de tentativas de sistematização, de novo terá de tomar a tópica em consideração.” Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 93-94 da edição alemã e p. 85 da edição brasileira.

mos que este é o ponto no qual desemboca a sua busca por uma definição, iniciada com a distinção entre enfoque dogmático e zetético, do que deve ser uma investigação de base. Ser uma contribuição à investigação de base da ciência do direito é a intenção de *Topik und Jurisprudenz*¹²⁰. Quando desenvolve as linhas gerais da referida teoria, Viehweg considera que ela deve ser uma teoria do discurso fundamentante e isto significa que se deve dar a prevalência ao pensamento situacional¹²¹.

Uma teoria que a esta tarefa dedique-se terá dificuldades de utilizar apenas a sistematização dedutiva, a qual não fornece respostas para a necessidade de fundamentação das premissas iniciais do sistema. Na sistematização dedutiva nos encontramos diante de um pensamento não-situacional, que isola seus axiomas do contexto no qual foram construídos, trabalhando somente a partir dos planos sintático e semântico. Com a tópica (o que significa dizer, com o pensamento problemático), ao contrário, trabalhamos com um pensamento situacional, pragmaticamente condicionado, justamente porque a vinculação ao problema é contínua¹²².

Parece-nos importante ressaltar, por fim, um dos pontos de crítica propostos por Canaris, na medida em que nele aparece justamente a distinção entre o horizonte teórico de Viehweg e o de seus críticos. Canaris afirma que é um equívoco trabalhar com a vinculação entre tópica e Jurisprudência porque aquela é fundamento de uma doutrina da ação, enquanto esta é uma doutrina do “entendimento correto” e não da “atuação certa”¹²³.

Pensamos que o interesse de Viehweg pela tópica deve-se, em larga medida, ao seu caráter de vinculação com a praxis. Examinamos na primeira parte deste trabalho (Capítulos I e II) como a pergunta pela cientificidade da Jurisprudência levou Viehweg a investigar a estrutura desse campo do conhecimento exatamente como praxis. Do mesmo modo, quando analisamos as suas referências à filosofia do direito como filosofia de base, nos capítulos III e IV, vimos que a discussão desembocou na construção de uma teoria retórica da argumentação jurídica, cujo pressuposto é esclarecer a situação do diálogo como ponto de partida para a elaboração teórica, ou seja, enquanto praxis. Essas idéias com-

¹²⁰ Isto fica claro no sub-título que a referida obra recebe (*Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung* – “Uma Contribuição à Investigação de Base na Ciência do Direito”), bem como no modo como Viehweg coloca seus objetivos na introdução. Vide p. 13-14 da edição alemã e 17-18 da edição brasileira.

¹²¹ Vide item 2 do Capítulo IV.

¹²² Vide item 3 do Capítulo IV.

¹²³ Cfe. CANARIS, op. cit., p. 262-266.

A Análise da Tópica e suas Consequências para a Jurisprudência

põem um dos aspectos mais característicos da proposta teórica de Viehweg, como se pode perceber claramente em inúmeras passagens de suas obras.¹²⁴

Além disso, quando examinamos, ainda que superficialmente, a tópica aristotélica, vimos que é a ação humana - cuja peculiaridade exige a deliberação e na qual comparecem a retórica, a dialética e a tópica - precisamente o campo da prudência, à qual se reporta Viehweg como inspiração para pensar os contornos e as tarefas do saber jurídico¹²⁵. Para o autor, portanto, seria lícito dizer que se trata, sim, de pensar uma doutrina do agir correto e não apenas do entendimento correto, mesmo porque, de acordo com os pressupostos também por ele sugeridos¹²⁶, o entendimento só se dá em uma situação de discurso, com partícipes determinados e depende, pois, de uma teoria da ação. Esta é precisamente a sua diferença para com os outros autores, como, por exemplo, Canaris.

Além dos pontos acima discutidos e da crítica movida à tese de Viehweg, dois outros devem ser salientados antes que passemos à discussão da relação entre dogmática, zetética e Jurisprudência.

Em primeiro lugar, é importante atentarmos para a relação que se pode estabelecer entre a Jurisprudência e a ciência do direito. Viehweg diz expressamente, no texto reproduzido acima, que esta servirá de corretivo e de auxílio ao desenvolvimento daquela e não poderá nela se subsumir. Assim, o objeto da ciência do direito é a própria Jurisprudência.¹²⁷

Em segundo lugar, observarmos que Viehweg refere-se, quando examina as possibilidades do pensamento problemático, à discussão como mecanismo de controle do discurso que se produz naquelas áreas nas quais o problema é inarredável. Se isso ocorre com a Jurisprudência,

¹²⁴ Vide, dentre outras passagens: *Topik und Jurisprudenz*, p. 14, 93-94, 111-119 da edição alemã e p.18, 85, 101-107 da edição brasileira. Nos ensaios consulte-se *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin*, p. 191-199 da coletânea alemã ou *Apuntes sobre uma teoria retórica de la argumentación jurídica*, p. 163-175 da coletânea espanhola.

¹²⁵ Vide o item 2 do Capítulo V.

¹²⁶ Pensamos especialmente nas referências feitas por Viehweg no parágrafo 9º. de *Topik und Jurisprudenz* e nos ensaios que tratam da teoria retórica da argumentação, às correntes lingüísticas que tomam a pragmática como nível predominante da linguagem e tratam as verbalizações como mútuas instruções para a invenção e o uso lingüísticos. A comunicação, nesse sentido, ocorre à medida que mútuas instruções lingüísticas de ação são dadas e recebidas. Vide, a propósito, *Topik und Jurisprudenz*, p. 117 da edição alemã e p. 105 da edição brasileira.

¹²⁷ Cfe. *Topik und Jurisprudenz*, p. 14 da edição alemã e p. 18 da edição brasileira: "Caso isto não seja aceito, a jurisprudência teria de ser entendida como um procedimento de discussão de problemas que, como tal, é objeto da Ciência do Direito".

então se trata de pensar como uma ciência do direito poderia funcionar como discussão, conseqüentemente como controle, do seu discurso.

Para o exame destes dois últimos aspectos cabe relacionar aquilo que vimos até aqui sobre a Jurisprudência à discussão anterior de uma teoria retórica da argumentação jurídica e os enfoques zetético e dogmático. A esta discussão dedicar-se-á o próximo capítulo.