



## UM PERCURSO HISTÓRICO DA TÓPICA NO DIREITO: DA ANTIGUIDADE AO PÓS-POSITIVISMO

*Beatriz Siqueira Coutinho Suassuna<sup>1</sup>*

### RESUMO

A tópica, que esteve presente desde os antigos, influenciando o raciocínio jurídico dos romanos e, conseqüentemente, dos medievais, entrou em declínio com o surgimento do racionalismo na modernidade. Entretanto, a partir dos movimentos antiformalistas, que rejeitavam a predominância do raciocínio sistemático, o resgate do método tópico e sua possível aplicação à prática jurídica foram propostos, notadamente por Theodor Viehweg. O artigo, utilizando-se do método da revisão bibliográfica, objetiva demonstrar as raízes históricas da tópica e sua aplicação no Direito, da Antiguidade até os dias atuais. Finalmente, conclui-se pela influência dos mecanismos tópicos sobre o movimento denominado de “pós-positivista” na contemporaneidade.

**Palavras-chave:** Tópica. Decisão jurídica. Theodor Viehweg. Pós-positivismo.

### 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, bolsista de Iniciação Científica (PIBIC/UEPB/CNPq), monitora de Filosofia Geral e Jurídica, estagiária da Defensoria Pública da União e membro do Grupo de Estudos Avançados - Os impactos da justiça penal negocial no processo penal brasileiro (IBCCRIM) e dos projetos de extensão "Tertúlias Jurídicas: Diálogos entre Direito, Arte e Literatura", "Programa de Fomento ao Estágio no CCJ - UEPB" e "Facetas do Direito Civil - Projeto de Difusão do Saber Jurídico".

A partir de uma visão aristotélica, a tópica pode ser compreendida como uma técnica do pensamento orientada para o problema, que, em uma ponderação de prós e contras e de um confronto entre pontos de vista comumente aceitos e previamente estabelecidos — em grego, os denominados *topoi* — pretende fornecer um modo de agir que sirva como resposta a uma questão prática, um problema concreto.

Por muito tempo, da Antiguidade até a Baixa Idade Média, esse foi o raciocínio dominante. Entretanto, com a modernidade, a ideia de um paradigma teórico pautado em um modelo técnico-científico, influenciado pelo cartesianismo e próprio das ciências naturais, ganhou predominância, sendo, inclusive, aplicada ao Direito, que passou a ser apontado como um corpo hermético, dotado de racionalidade e guiado por nexos dedutivos.

Logo após as duas Grandes Guerras, diversos autores começaram a buscar outras formas de racionalidade que substituíssem ou complementassem o modelo sistemático. Nesse contexto, destacou-se, sobretudo, a obra *Topik und Jurisprudenz*, do jusfilósofo alemão Theodor Viehweg, apresentada na Universidade de Munique para obtenção do título de livre docência e publicada em 1953.

Viehweg possuía como principal propósito a reivindicação da tópica como a base fundamental do raciocínio jurídico. Para isso, procedeu à análise de diferentes períodos históricos, demonstrando em que medida o modo de pensar tópico esteve presente. Mesmo tendo publicado apenas uma obra, e de ter recebido contundentes críticas, sua teoria influenciou grandes juristas de toda a Europa continental. Exerceu então um significativo impacto no campo da teoria da argumentação jurídica da segunda metade do século XX e da contemporaneidade, contribuindo, de igual modo, para a construção das bases do que hoje denomina-se “pós-positivismo”.

Frise-se que esta pesquisa se desenvolveu por meio do método dedutivo, possui natureza básica, caráter exploratório, abordagem qualitativa e foi realizada a partir de procedimento preponderantemente bibliográfico. Foram explorados, além da obra basilar do autor Theodor Viehweg, artigos e livros que versam sobre o método tópico-problemático, de forma a possibilitar uma análise comparativa com os fundamentos do movimento pós-positivista, cuja temática também foi amplamente analisada. Justifica-se, portanto, em razão da grande influência da tópica no raciocínio jurídico contemporâneo, principalmente a partir da mudança de diversos paradigmas no âmbito da argumentação, a exemplo da reintrodução do raciocínio valorativo na construção de uma teoria da decisão.

Nesse ínterim, inicialmente, buscou-se compreender as raízes do pensamento tópico-problemático, desde a Antiguidade. Em seguida, passou-se à análise de sua presença no decorrer da história jurídica, bem como de seu declínio a partir da irrupção do método lógico-dedutivo na Idade Moderna. A última seção, por sua vez, pretendeu examinar as influências tópicas nas principais teses sustentadas pelo movimento pós-positivista contemporâneo, que buscou se contrapor à lógica descritivista do positivismo. Para os pós-positivistas, as ideias positivistas haviam falhado em fornecer as bases necessárias à construção de uma teoria da decisão — ainda que vários postulados positivistas já tenham sido incorporados ao raciocínio jurídico atual.

## 2 O PERCURSO HISTÓRICO DO MÉTODO TÓPICO

Para Hartmann (citado por VIEHWEG, 2008), o modo de pensar problemático se distinguiria do pensar sistemático em razão da ênfase que é dada em cada método. O raciocínio tópico tem como foco o problema, ressaltando as especificidades do caso, dele partindo para a seleção do sistema e, assim, chegando até a mais adequada alternativa que, inclusive, sirva de base para solucionar futuros problemas semelhantes. O sistemático, por sua vez, opera por meio da lógica formal e enfatiza o sistema para, em seguida, selecionar os problemas capazes de serem solucionados, isto é, só é considerado problema aquilo que o sistema reconhece como tal.

Cabe frisar que, em Viehweg, a noção de sistema se refere apenas àquele lógico-dedutivo, um sistema fechado jusracionalista ou uma trama axiomática de conceitos, o que viria a ser criticado, por exemplo, pelo jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris. Segundo este autor, essa seria uma noção muito restrita<sup>2</sup>, haja vista que, à época, outras acepções de sistema jurídico já eram conhecidas (BUSTAMANTE, 2004).

Assim, buscando contrapor-se à lógica sistemática e positivista vigente a partir da irrupção do racionalismo, Viehweg se dedicou a analisar a presença da tópica nas obras de Aristóteles, Cícero e Vico, bem como na jurisprudência romana e medieval. Compreendeu conseqüentemente, a importância dela para a tradição jurídica e, a despeito das diversas tentativas, a impossibilidade de eliminá-la completamente do raciocínio jurídico.

---

<sup>2</sup> Canaris, por sua vez, “crê firmemente que o pensamento jurídico refere-se, quase sempre, a um sistema de princípios jurídicos que conferem adequação valorativa e unidade interior à ordem jurídica” (BUSTAMANTE, 2004, p. 161). Segundo o jurista, é esse sistema que guiará a aplicação jurídica, que deve sempre privilegiar uma interpretação teleológica do direito.

## 2.1 AS PRIMEIRAS APARIÇÕES DA TÓPICA

A tópica não nasce com Aristóteles. Na verdade, é considerada uma espécie de patrimônio da cultura mediterrânea que vem antes dele, com ele e após ele, mesmo que assuma outras denominações (*euresis*, *inventio* ou *ars inventiva*) (FERRAZ JUNIOR, 2003). Entretanto, foi a partir da obra desse filósofo que o termo foi utilizado pela primeira vez e que realmente começou a ganhar relevância. Em sua obra, recuperou a arte da disputa atribuída aos retóricos e aos sofistas, a fim de “encontrar um método de investigação graças ao qual possamos raciocinar, partindo de opiniões geralmente aceitas, sobre qualquer problema que nos seja proposto, e sejamos também capazes [...] de evitar dizer alguma coisa que nos cause embaraços” (ARISTOTELES, 1987, p. 32). Ou seja, seu intuito era utilizar a tópica como meio de atingir o consenso ou a evidência da verdade.

Para tanto, estabeleceu, de forma pioneira, quatro tipos de raciocínios argumentativos: o apodítico, aquele em que há uma relação de dedução entre premissas, e da qual se extrai a verdade, correspondente ao campo dos filósofos; o dialético, próprio da disputa, que partiria de opiniões geralmente aceitas, dominantes e passíveis de serem questionadas, ou seja, no qual estaria a tópica; o sofístico, formado por proposições, opináveis ou não, tidas como aceitas, mas que não o são; e, por fim, o pseudorraciocínio, fundado em proposições próprias das ciências.

A tópica, por ele considerada como um grau elevado da filosofia, teria como objeto o raciocínio dialético, diferenciando-se por partir de premissas que parecem verdadeiras com base em uma opinião respeitável, os chamados *topoi*, correspondentes aos pontos de vista aceitos universalmente e que podem conduzir a verdade e serem aplicados em qualquer área (ARISTOTELES, 1998). Impõe destacar que a palavra tópica, em latim, corresponde a *loci*, e, em português, poderia ser entendida como lugar-comum, noção posteriormente trazida em Cícero. Esses *topoi* ou pontos de vista se desenvolveriam a partir de silogismos e teriam como função auxiliar na arte da argumentação.

Apesar do esforço teórico empreendido por Aristóteles, foi a concepção de Cícero que ganhou maior importância histórica. Pode-se dizer que, enquanto Aristóteles dedicou-se à teoria, Cícero ocupou-se da prática (SOARES, 2019). A tópica, a partir do pensamento de Cícero, consiste em uma *ars inveniendi*, ou seja, um procedimento de busca de premissas, de tópicos, que nunca tem fim, está sempre se renovando, em contraponto à *ars iudicandi*, a lógica que recebe as premissas e através delas elabora longas cadeias dedutivas.

A principal realização de Cícero foi no sentido de criar um catálogo de *topoi*, ou seja, um conjunto de soluções consolidadas e criadas para o problema que servissem de base para a solução de problemas similares. Sendo aplicáveis a todo caso, Cícero tentou estabelecer critérios de seleção para auxiliar na escolha do *topoi* mais adequado e, para isso, diferenciou os *topoi* em técnicos, aqueles intrínsecos ao assunto, e atécnicos, os externos ao assunto. Seguindo essa premissa, no século XVI, o jurista Gribaldus Mopha elaborou um catálogo de *loci communes* jurídicos, é dizer, tópicos específicos aplicáveis e coerentes a depender do problema jurídico (VIEHWEG, 2008).

Assim, buscando uma tópica que alcançasse todos os tipos de problema, por meio justamente da catalogação de *topoi*, a obra de Cícero em muito contribuiu, principalmente para os juristas romanos e, conseqüentemente, para a tradição jurídica do Ocidente, de forma geral. De acordo com Viehweg, Cícero foi o responsável em dar o primeiro passo para aplicar a tópica à argumentação jurídica (VIEHWEG, 2008).

No direito romano, por sua vez, não havia um esforço pela sistematização. Pelo contrário, o jurista romano estava mais preocupado em oferecer uma solução ao problema do que em formular uma estrutura fechada. As próprias compilações do direito romano, a exemplo do Digesto, eram apenas compilados de leis e de pareceres já estabelecidos e até as máximas presentes nos textos necessitavam de complementação, pela qual era responsável um jurisconsulto. Muito da retórica grega era, inclusive, observada na jurisprudência romana, considerando que os jurisconsultos estudavam a retórica em sua formação.

Já na Idade Média, o estudo das artes liberais, que incluía a retórica e, conseqüentemente, a tópica, era obrigatório. Assim, a tópica esteve presente no pensamento dos pré-glosadores, dos glosadores e dos pós-glosadores (FERRAZ JUNIOR, 2003). Os glosadores eram assim chamados porque faziam uso do procedimento da glosa, por meio da qual era feito o ensino do direito, fundado, essencialmente, na exegese do Digesto, que integrava o Corpus Iuris Civilis. De difícil entendimento, o texto era explicado palavra por palavra pelos professores e, assim, os estudantes anotavam em suas cópias. Posteriormente, desenvolveram outros métodos de estudo, elaborando tratados sobre institutos jurídicos (*summae*), regras doutrinárias (*brocarda*), conjunto de argumentos utilizáveis em discussões (*argumenta*) e análises de casos (*casus*). Estes parâmetros ainda hoje influenciam o modo de pensar jurídico a partir de hipóteses, argumentos e interpretações (MENDONÇA, 2003, p. 40-42).

Os pós-glosadores, por outro lado, correspondem a uma geração de juristas que compunham a chamada Escola dos Pós-Glosadores, surgida na Itália, que se dedicava a

aproximar o *ius commune*, estudado pelas universidades, das leis e costumes locais. Isso em razão da necessidade de compatibilizar as inúmeras normas existentes, a partir de um novo cenário marcado pela urbanização e desenvolvimento do comércio, após a crise feudal, e, conseqüentemente, integração econômica e social das regiões da Europa (MENDONÇA, 2003, p. 43).

Naquela época, a tópica era aplicada, por exemplo, no método escolástico, presente nos esquemas de Tomás de Aquino e de Bartolo de Sassoferrato. Foram criados, por exemplo, recursos essenciais do direito que existem até hoje e que são usados na solução de conflitos, a exemplo do critério da autoridade (lei superior prevalece sobre a inferior), da antiguidade (lei mais recente prevalece sobre a mais antiga) e da especialidade (norma mais específica prevalece sobre a mais genérica). Os juristas medievais viriam a ser muito criticados posteriormente pelos humanistas, crítica esta que na Idade Moderna iria servir de base para o rompimento do direito com o método escolástico medieval, criando uma visão mais racional do direito.

## 2.2 O DECLÍNIO DA TÓPICA NA MODERNIDADE

Com a Idade Moderna, porém, a tópica caiu em esquecimento a partir da chegada e da consolidação da lógica moderna, de base positivista-racionalista, e só veio a ressurgir no período pós-guerra, principalmente a partir da obra de Viehweg. Essa mudança de rumo não se deu de uma hora pra outra, mas sim a partir de várias mudanças políticas, econômicas, etc. do Ocidente.

A partir do apogeu dos Estados absolutistas, nos séculos XVII e XVIII, a unificação normativa passou a ser posta como condição fundamental para o fortalecimento político e para a garantia da estabilidade dos poderes monárquicos. Assim, o direito assumiu um papel fundamental de sustentação do poder político. Essa relação entre Estado e sistema jurídico é observada, por exemplo, nas doutrinas contratualistas — o governante deixa de ser o representante de Deus na terra para ter sua autoridade fundada no contrato social, que deveria ser preservado com o auxílio do Direito. O jurista moderno, então, abandonou a resolução de problemas como base do raciocínio jurídico e passou a se guiar por um enfoque sistemático, que se fundamentava na autoridade do Estado e na proteção das instituições (VILLEY, 2003).

Ao passo que na Idade Média havia uma pluralidade de jurisdições (direito canônico, feudal, etc.) e normas locais, nos Estados Modernos, cada vez maiores devido à expansão marítima, era preciso unificar as normas jurídicas. A lógica casuística foi abandonada pelos juristas, que a substituíram por uma mais generalizante. O direito, então, passou a se vincular à

razão, considerando que a tendência moderna era negar a cultura medieval e construir novos padrões centrados no racionalismo e no homem — e, a partir daí, estabeleceu-se um raciocínio sistemático no direito, segundo o qual as novas ideias surgidas nas ciências exatas e naturais, pautadas em esquemas matemáticos, poderiam ser incorporados ao Direito.

Assim, uma nova teoria do direito surgiu, desvinculada com o direito romanístico e, portanto, rompendo com a tradição tópica. Houve a separação entre os assuntos divinos e as questões humanas e o direito passou a ser um produto da razão humana. Até então, via de regra, o estudo jurídico era assistemático e costumava ser reduzido a comentários de textos isolados — embora, por exemplo, Viehweg diga que já entre os pós-glosadores havia um esforço sistemático (VIEHWEG, 2008).

Esse sistema fechado, de inspiração racionalista, constituiu a base das ordenações jurídicas da época e daquelas que viriam a se destacar posteriormente, a exemplo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e do Código Napoleônico. Igualmente exerceu influência e se consolidou com a Escola da Exegese e, mais tarde, com o positivismo consagrado pela teoria pura do direito de Kelsen (MENDONÇA, 2003).

Já no séc. XVIII, destacou-se o pensador italiano e professor de retórica Giambattista Vico, que tentou preservar a tópica em uma época em que o cartesianismo estava em voga. Ele era um ferrenho crítico à cientificidade estabelecida pelo racionalismo moderno e principalmente à sua aplicação no estudo dos fenômenos humanos e sociais. Como Viehweg mostrou em sua obra, ao contrário dos seus contemporâneos, que empregavam o método crítico, ou seja, que viam na racionalidade e na dedução o único caminho para alcançar a verdade, Vico recuperava o método de pensar dos antigos, voltado para a prudência.

Para isso, ele contrapôs ambos os métodos: o retórico, aquele transmitido por Cícero e que partia dos chamados lugares-comuns e se desenvolvia por meio de silogismos, e o crítico, inaugurado por Descartes e que partia de premissas primeiras, desenvolvendo-se por meio da dedução e não sendo passível de questionamentos (ROESLER, 2004). Entretanto, Vico enunciou que esses dois métodos eram insuficientes sozinhos, sendo necessário conciliá-los.

Viehweg destacou, ainda, os esforços do filósofo Leibniz em tentar realizar uma tópica matematizada, através da sua *ars combinatoria*<sup>3</sup>, isto é, colocando a tópica sob controle do pensamento matemático, próprio do séc. XVII, sem abandoná-la em favor do sistema

---

<sup>3</sup> A *ars combinatoria* de Leibniz traduz-se na seguinte descrição: “deve-se denominar cálculo a uma combinatória (*ars combinatoria*) que, partido de uma posição inicial (fórmula inicial), permita chegar a outras posições (fórmulas), segundo as normas operativas estabelecidas que sejam as mais simples possíveis.” (VIEHWEG, 2008, p. 85).

(VIEHWEG, 2008). Leibniz situar-se-ia, portanto, entre um pensamento tão-somente tópico e uma doutrina anti-tópica civilista pautada na sistematização, surgida no séc. XVI.

### 2.3 O RESGATE DA TÓPICA EM VIEHWEG

A partir da crise do positivismo observada após as atrocidades provocadas pelos regimes totalitários do século XX, inúmeras obras passaram a denunciar a insuficiência do modelo cartesiano lógico-dedutivo às ciências humanas e a repensar a relação entre os elementos valorativos e o direito, constituindo os denominados movimentos antiformalistas, no qual Viehweg se insere. Em relação a esse contexto, Camargo (2003) o caracteriza como sendo o momento de virada para o pós-positivismo, momento em que passou a se priorizar a valoração do raciocínio jurídico em detrimento do formalismo sistemático/axiomático. No mesmo sentido, Costa afirma que a teoria viehwegiana representou:

[...] uma mudança de perspectiva teórica, numa espécie de giro aristotélico, que começa a levar em consideração a estrutura que os discursos jurídicos efetivamente têm, em vez de buscar definir aprioristicamente as regras formais que os deveriam guiar (COSTA, 2008, p. 195).

À época da publicação de seu livro, uma outra obra, que, como tantas outras, possuía ideias semelhantes às de Viehweg, destacou-se e também foi publicada. Trata-se de *An introduction to legal reasoning*, de Edward H. Levi, que, segundo Atienza (2006), compartilhava com Viehweg a ideia de o Direito consistir em um “sistema aberto”, não admitindo tão-somente o raciocínio jurídico meramente dedutivo, pois era essencial que as categorias utilizadas nesse processo permanecessem ambíguas, em constante mudança, para que, assim, permitisse a acolhida de novas ideias.

Ao expor uma de suas principais teses, a distinção entre o pensar sistematicamente e o pensar problematicamente, Viehweg critica o método sistemático principalmente pela primazia que concede ao sistema, em detrimento do problema, que, ao não ser considerado como pertinente, careceria de solução e seria descartado. Tal raciocínio não seria adequado ao Direito, dado que novos problemas e premissas estão sempre surgindo, demandando uma constante revisão dos nexos lógico-dedutivos.

Viehweg estabelece que o pensamento tópico pode ser dividido em dois níveis. Em primeiro lugar, a tópica de 1º grau, que seria a fase em que nos deparamos com um problema

sem uma solução já estabelecida e temos que buscar e escolher os pontos de vista mais adequados a ele, dentro daqueles gerais, aplicáveis a todos os problemas universais, ou dos especiais, aplicáveis a determinados problemas ou área, com o intuito de alcançar certa segurança jurídica.

Em seguida, a partir da tópica de 2º grau, que corresponderia à fase posterior, seria formado o catálogo de *topoi*<sup>4</sup>, selecionando o argumento que servirá à solução do caso dentre aqueles previamente aceitos, ao passo em que deve “preencher os requisitos de racionalidade e justiça dos *topoi* a partir da teoria da argumentação, de modo que o consenso indicaria a escolha do melhor ponto de vista como solução do caso” (MARRAFON, 2015, p. de internet).

Depreende-se, então, que a tópica seria encarregada de buscar as premissas, após a análise do problema, as quais, posteriormente, seriam organizadas de forma lógica. Por tal motivo, sua aplicação ao Direito foi vista como inevitável e fundamental, considerando que o antigo caráter científico que lhe fora atribuído consistia em um grande equívoco. Como “fenômeno histórico-cultural e submetido, portanto, às transformações que ocorrem no campo dinâmico dos valores e dos fatos sociais” (SOARES, 2019, p. 131), o Direito mostra-se incompatível, de acordo com Viehweg, com um pensamento tão somente dedutivo, lógico e axiomático, prescindindo de uma conciliação com um raciocínio pautado no problema. Assim ressaltou Bonavides:

[...] a tópica não é uma revolta contra a lógica, conforme se pretendeu equivocadamente inculcar. Busca [...] demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional, pelo menos o único que não engana (BONAVIDES, 2004, p. 490).

Entender o Direito como um “sistema aberto”, portanto, ante a necessidade de impedir o enrijecimento das normas, conduz à delimitação de um processo que, em oposição à sistematização, gera diferentes soluções a depender de cada problema, o que, conseqüentemente, também garante a permanência da ordem jurídica, como exposto por Tércio Ferraz Jr. (2003). A interpretação — e a hermenêutica jurídica como um todo — mostra-se, assim, um essencial instrumento capaz de preservar o direito, sem rompimentos bruscos, ao passo que o adapta às novas condições que surgem — tais qual a contínua renovação dos

---

<sup>4</sup> Em Viehweg, o catálogo de *topoi* consiste no “repertório, já pronto para ser usado, de pontos de vista, muito importantes e amplamente aceitos, em forma de citações jurisprudenciais, porém, sem nenhuma intenção sistemática e em uma descurada ordem” (2008, p. 56).

catálogos de *topoi* proposta por Viehweg —, contribuindo consideravelmente, desse modo, para afirmar o uso da tópica no direito (MENDONÇA, 2003).

Logo, a tópica, ainda que tenha uma origem ligada às instituições do direito privado, sem dúvida, revela-se capaz de oferecer uma base para a solução das controvérsias constitucionais (BAYÓN, 2013; MENDONÇA, 2003), que vão desde a escolha das técnicas mais adequadas até a delimitação de seus questionados limites. Uma das áreas do direito que evidenciaria a necessidade do uso da tópica seria, por exemplo, os direitos de personalidade, que, necessariamente, requerem formulações abertas, bem como os direitos fundamentais como um todo (BAYÓN, 2013; CUNHA, 2007). Nesse âmbito, de acordo com Fernandes, a interpretação constitucional se submeteria a um “processo aberto de argumentação, que assume um pluralismo de intérpretes, que se servem de vários *topoi*, sujeitos a divergências e demonstrações, para se atingir a interpretação mais conveniente ao problema” (2011, p. 177).

Exemplo concreto dessa aplicação na prática jurídica consiste nas decisões proferidas no âmbito do julgamento do REsp nº 238.715, pelo Superior Tribunal de Justiça, assim como das ADI 4477-DF e ADPF 132-RJ, pelo Supremo Tribunal Federal, que evidenciaram a discussão acerca da equiparação da união homoafetiva à união heterossexual, tradicionalmente a única compreendida como “família”. Os acórdãos foram responsáveis pela delimitação do conceito jurídico de “entidade familiar”, exemplificando assim a prática dos tribunais de fixação do significado de conceitos abertos a depender das novas situações, bem como o uso do raciocínio tópico em suas fundamentações.

Nessa perspectiva, a tópica exerceu grande influência, não só no passado, mas também nas teorias da argumentação da contemporaneidade, principalmente, em razão da ênfase dada ao problema/caso concreto. Outro fator decisivo consiste no debate suscitado acerca da natureza das premissas utilizadas como argumentação no Direito, que não mais ostentam status de verdades absolutas, mas de pontos de vista suscetíveis de falsificação, que servem de fundamento para as decisões judiciais (MARRAFON, 2015, p. de internet).

### 3 A INFLUÊNCIA DA TÓPICA NO PÓS-POSITIVISMO

Quando foi publicada, a obra de Viehweg influenciou grandes nomes do direito civil alemão, como Wieacker, Esser e Coing, bem como teve o apoio de destacados

constitucionalistas, como Schneider e Ehmke<sup>5</sup>. Outros importantes nomes do mundo jurídico que foram afetados pelo prestígio da tópica foram Martin Kriele, Peter Häberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse (BONAVIDES, 2004; GARCÍA AMADO, 1987), pensadores associados ao método hermenêutico-concretizador, que buscou conciliar o pensamento tópico-problemático à primazia da norma (BARROSO, 2010).

No âmbito jurídico, de acordo com Streck (2020), foi justamente Müller o primeiro a utilizar o termo ‘pós-positivismo’, na obra *Metódica jurídica* (1971), na qual, por meio de sua teoria estruturante do Direito, distinguiu ‘texto’ e ‘norma’, reaproximando o ordenamento jurídico do caso concreto. Diferentemente dos positivistas inclusivistas e normativistas, os pós-positivistas acreditavam não ser cabível reformular e aprimorar os pontos de insuficiência do modelo positivista. Para eles, este havia falhado completamente e “o Direito antes elevado a sua autônoma objetividade, seria compreendido em sua práxis, num movimento de reaproximação com a moral” (STRECK, 2020, p. 330).

Nesse sentido, aduz Barroso<sup>6</sup>:

O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista [...]. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. [...]. Foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional (BARROSO, 2014, p. 344).

Tendo como uma de suas principais teses a separação entre o Direito e a Moral, a teoria positivista dificultava, principalmente, a solução dos denominados “casos difíceis”, que costumam demandar a valoração do Direito. Na atualidade, reconhece-se que esse raciocínio valorativo está interligado ao raciocínio jurídico e o fato é que “as ferramentas positivistas são

---

<sup>5</sup> É importante mencionar que, na Europa, já havia uma considerável tendência de uma teoria material do Direito, a partir da jurisprudência dos valores e da escola livre do direito. Com a publicação da obra de Viehweg, essas ideias iriam se fortalecer e impulsionar as variantes hoje conhecidas na hermenêutica e no Direito Constitucional (BONAVIDES, 2004).

<sup>6</sup> Insta frisar que o professor e magistrado Luís Roberto Barroso constitui um dos grandes seguidores do chamado “neoconstitucionalismo”, que tem como um de seus pressupostos, em sua opinião, o denominado pós-positivismo.

adequadas para a análise de normas, mas a teoria positivista é incompleta porque não oferece ferramentas adequadas para uma teoria da decisão”<sup>7</sup> (CALSAMIGLIA, 1998, p. 215).

Ao atribuir à estrutura jurídica um caráter também prescritivo/normativo, a figura do intérprete recebe especial destaque no pós-positivismo, sendo, inclusive, a ele designado, por vezes, o papel de coparticipante na criação do Direito. Logo, “a norma é fruto do conhecimento vivo proveniente da atividade interpretativa criadora do jurista” (ABBOUD; CARNIO; DE OLIVEIRA, 2020, p. 474). A tópica e a argumentação, assim, encontram nas decisões judiciais um campo fecundo para se desenvolver. Frise-se, nesse sentido, a lição de Mendonça:

A visão sistêmica da ordem jurídica não é de forma alguma incompatível com o fato concreto de que os juízes dão o significado do direito à luz de casos concretos, o que configura um procedimento nitidamente de caráter tópico. Os recursos interpretativos no campo do direito representam um elemento de aproximação entre a lei e o fato, atendendo a uma necessidade institucional do Poder Judiciário, de oferecimento de respostas a problemas (MENDONÇA, 2003, p. 277).

Para além da discricionariedade garantida ao aplicador em casos de conceitos que possuem texturas abertas, a exemplo das noções de interesse público, boa-fé, autonomia da vontade, etc. — espécies de *topoi*, segundo Ferraz Jr. (1979) —, em tempos pós-positivistas, “as questões morais, políticas e econômicas [...] passam a fazer parte da preocupação da comunidade jurídica” (STRECK, 2020, p. 337). Os princípios, em particular, ao terem sua normatividade reconhecida, recebem grande prestígio e passam a ser utilizados principalmente na fundamentação ou justificação feita pelos aplicadores no uso desses elementos.

Assim, ainda que consideremos as diferentes vertentes existentes do pós-positivismo — ou do não positivismo, como trazido por Streck (2020), a exemplo dos manifestados nas teorias de Müller, Dworkin e Kaufmann —, é possível identificar nas teses basilares pós-positivistas fortes contribuições tópicas, sendo possível afirmar, nas palavras de Roesler, que “Viehweg pode ser considerado um dos primeiros autores a fazerem jus ao rótulo do ‘pós-positivistas’ (ROESLER, 2009, p. 52).

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>7</sup> No original: “las herramientas positivistas son adecuadas para el análisis de las normas pero la teoría positivista es incompleta porque no ofrece herramientas adecuadas para una teoría de la adjudicación”.

Diversos foram os teóricos que apresentaram críticas ao método tópico, notadamente em razão da sua imprecisão, superficialidade teórica e da generalidade de alguns de seus conceitos. Apesar disso, a tópica viehweguiana é considerada, por diversos juristas e doutrinadores, como um método indispensável à compreensão da hermenêutica contemporânea, principalmente por perceber aspectos do raciocínio jurídico que muitas vezes passam despercebidos se vistos de uma perspectiva exclusivamente lógica. Além disso, também é responsável por exercer significativa influência na fundamentação das decisões, a exemplo dos acórdãos supracitados, proferidos nos julgamentos do STF e do STJ que delimitaram o conceito jurídico de “entidade familiar”.

Ao proceder à análise da tradição jurídica desde a Antiguidade, percebe-se que a tentativa de eliminar o raciocínio tópico do pensamento jurídico e substituí-lo completamente por um positivismo cientificista não foi bem sucedida. É evidente que a tópica não só se apresentou como fio condutor do pensamento antigo e medieval, mas, igualmente, encontrou ecos nas subsequentes teorias da argumentação jurídica.

A recusa do postulado que proíbe a introdução de elementos externos ao Direito, o foco argumentativo dado ao fenômeno jurídico e a conseqüente importância que a concretude dos fatos adquire são algumas das posturas claramente tópicas que podem ser percebidas como constitutivas das principais premissas dos movimentos pós-positivistas da atualidade. Apesar de muito divergirem entre si, os adeptos do pós-positivismo se assemelham na tentativa de superação da ideia de um sistema jurídico lógico-dedutivo, supostamente dotado de clareza e completude, demonstrando, assim, a atualidade e importância do método tópico-problemático.

Nessa perspectiva, mostra-se igualmente fundamental compreender a relevância do pensamento sistemático, que tem predominado no Direito, mas também suas falhas e limitações frente ao caráter mutável e às novas exigências da realidade social. Para tanto, são necessários instrumentos que levem em consideração o processo de aplicação e a fundamentação das decisões judiciais, de modo a contribuir para o desenvolvimento de uma adequada teoria da decisão sem que haja, igualmente, violações à teoria das fontes e, por evidente, ao Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARISTOTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1998.

ARISTOTELES. **Tópicos; Dos argumentos sofisticos**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teoria das argumentações jurídicas**. Trad. de Maria C. G. Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BAYÓN, Pablo Sans. Sobre la tónica jurídica en Viehweg. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, nº 16, 2013, p. 83-108. ISSN: 1575-7382. Disponível em: <<https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/31262/retrieve>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e Argumentação jurídica. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 163, p. 153-165, jul./set., 2004. Disponível em: <[https://www.academia.edu/32363291/T%C3%B3pica\\_e\\_argumenta%C3%A7%C3%A3o\\_jur%C3%ADdica](https://www.academia.edu/32363291/T%C3%B3pica_e_argumenta%C3%A7%C3%A3o_jur%C3%ADdica)>. Acesso em: 11 abr. 2021.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 1, n. 21, p. 209-220, 1998. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10389>>. Acesso

em: 10 abr. 2021.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/1512?mode=full>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Princípios-Tópicos da Hermenêutica Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 1, n. 4, p. 153–175, out./dez., 2007.

FERNANDES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio S. **Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Dominação.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio S. Prefácio. *In:* VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Trad. de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento da imprensa nacional, 1979.

GARCÍA AMADO, Juan A. Tópica, derecho y método jurídico. **DOXA - Cuadernos de Filosofía y Análisis del Derecho**, n. 4, p. 161-188, 1987. Disponível em: <<https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-topica-derecho-y-metodo-juridico>>. Acesso em: 10 de jun. de 2020.

MARRAFON, Marco Aurélio. Predomínio da tópic jurídica promove crise na teoria das fontes do Direito. **Revista Consultor Jurídico**, 8 jun. 2015. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2015-jun-08/constituicao-poder-predominio-topica-juridica-promove-crise-teoria-fontes-direito#\\_ftn11](https://www.conjur.com.br/2015-jun-08/constituicao-poder-predominio-topica-juridica-promove-crise-teoria-fontes-direito#_ftn11)>. Acesso em: 04 abr. 2021.

MENDONÇA, Paulo. **A tópic e o Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROESLER, Claudia Rosane. O papel de Theodor Viehweg na fundação das teorias da argumentação jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 4, n. 3, 2009.

Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6142>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos**. Trad. de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

VILLEY, Michel. **Filosofia del Derecho**. Barcelona: Scire Universitaria, 2003.

## **A HISTORICAL PATH OF TOPICS IN LAW: FROM ANTIQUITY TO POST-POSITIVISM**

### **ABSTRACT**

The topics, which has been present since the ancients, influencing the legal reasoning of the Romans and, consequently, of the medieval ones, declined with the emergence of rationalism in modernity. However, based on anti-formal movements, which rejected the predominance of systematic reasoning, the rescue of the topical method and its possible application to legal practice were proposed, notably by Theodor Viehweg. The article, using the literature review method, aims to demonstrate the historical roots of the topics and its application in Law, from Antiquity to the present day. Finally, it is concluded the influence

of topical mechanisms on the current called “post-positivist” in contemporary times.

**Keywords:** Topics. Legal decision. Theodor Viehweg. Post-positivism.