

PRINCÍPIOS E TOPOI

A abordagem do Sistema e da Tópica na Ciência do Direito

Alexis Couto de Brito.

Sumário: Introdução. 1. A Ciência do Direito. 2. Breve panorama histórico. 3. A Metodologia. 4. O Sistema – Enfoque Sistemático. 4.1. *Princípios*. 4.2. *Princípios: dentro ou fora do ordenamento?* 5. A Tópica – Enfoque Tópico. 5.1. *Topoi*. 6. Princípios e *Topoi* – Diferenciação. 7. Os avanços da Ciência do Direito. Conclusão. Bibliografia.

Introdução.

Entre os profissionais do meio jurídico contemporâneo é consensual a ideia de que o labor do jurista seja considerado como uma ciência. A qualquer operador que se pergunte sobre o caráter científico do Direito não faltará aceno de confirmação. Porém, faz-se necessário enaltecer os avanços obtidos até aqui, e mais uma vez discutir alguns pontos de suma importância, no intuito pretensioso de fornecer, ainda que pequena, uma parcela de colaboração.

O reconhecimento da cientificidade do estudo jurídico percorreu caminhos tortuosos até que atingisse o nível atual. Algumas correntes adotadas ao longo da história demonstram os erros e acertos, sempre necessários e não desprezáveis, principalmente os concernentes à definição do objeto e da metodologia, elementos indispensáveis ao estudo que se pretenda predicar científico.

A partir do início do século passado, principalmente sobre a influência de HANS KELSEN, cuja contribuição à Ciência do Direito é inegável, os estudos concatenaram a uma determinação mais precisa do objeto de estudo, elevando a norma jurídica a um posto de destaque. Não se pretende neste momento afirmar que os pensamentos estejam pacificados, mas apenas desviar as atenções ao segundo elemento da cientificidade: o método.

Considerados por alguns como o diferencial das Ciências, a metodologia da Ciência do Direito ainda sofre abalos e contradições, dentro de um curso natural e louvável de anseios teleológicos, sempre em busca do aperfeiçoamento.

E, particularmente, dois conceitos dentro da metodologia jurídica destacam-se e despertam maiores interesses ainda hoje na doutrina, pátria ou alienígena: o conceito de sistema, arrimado nos princípios, e o conceito de tópica, cujo alicerce se encontra nos *topoi*.

Adiante serão abordados os conceitos de sistema e de tópica, suas características, vantagens e formas de utilização, e ao final a proposta acerca do valor de cada posicionamento e de sua colocação no âmbito científico, respaldada por respeitáveis intelectuais.

E para situar o leitor, são oportunas algumas considerações de cunho histórico e conceitual acerca da chamada Ciência do Direito, a que BOBBIO muito bem qualifica de *Jurisprudência*.

1. A Ciência do Direito.

Em uma busca rápida encontramos a definição da Ciência do Direito como um “sistema de conhecimentos sobre a realidade jurídica” ¹, definição assaz genérica. BOBBIO fala do caráter ontológico - dizer o que é o Direito - o que se faz com auxílio da experiência, tomando posse da realidade. Direito é relacionamento intersubjetivo recíproco, diz este autor. Seus objetos são as normas jurídicas, e suas fontes o relacionamento jurídico entre os sujeitos (o comportamento real) ².

Inquire-se sobre a cientificidade desta ciência, sustentada pela afirmação de que se trata de conhecimentos “sistemáticos”, isto é, metodicamente

¹ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *A Ciência do Direito*, p. 09.

² *Teoria della scienza giurídica*, p. 12.

obtidos e comprovados. Considera-se, então, a sistematicidade como um argumento para a cientificidade. Entende-se com isso uma atividade ordenada segundo princípios próprios e regras peculiares, o que vez e outra procurou modelo nas chamadas ciências da natureza ³.

Tal transposição com as ciências “naturais” mostrou-se, ao longo das décadas, de extrema dificuldade. É o que observa AGUILLAR quando discorre que a Ciência do Direito apresenta-se como uma ciência diferente das ciências naturais onde as respostas são universalmente válidas⁴. Seu objetivo seria o compromisso com a produção de críticas às normas jurídicas e à sociedade onde essas normas são aplicadas, portanto, uma teoria crítica do Direito apoiada nas considerações históricas. Para este autor incute razão o pensamento de KARL POPPER, que recusa uma concepção científica que pretenda deter a verdade absoluta, e assim a Ciência do Direito igualmente é uma ciência que não busca leis de validade universal.

Mas o que se percebe ao longo dos estudos é que essa Ciência distingue-se, tanto pelo seu método quanto pelo seu objeto, das demais ciências nomeadas naturais.

Aparece então a questão: deve-se encarar o objeto de estudo como sendo a norma ou a captação da norma no caso concreto? Pode-se adicionar a este rol a pessoa humana?

Aparentemente não satisfaz a perspicácia do jurista o simples tratamento da norma. Como dito nas linhas de KARL ENGISCH, constitui um privilégio da Ciência do Direito o fato dela não trilhar seu caminho ao lado ou atrás do Direito, mas antes aperfeiçoá-lo, e a vida que nele e sob a sua égide decorre. Havendo uma Ciência Jurídica, esta há de ser uma ciência prática⁵.

A positivação do Direito, pelas características e anseios da vontade humana e, por vezes, da vontade do Estado, forçou a tematização do ser humano como objeto da Ciência do Direito. Daí o surgimento de doutrinas onde além do

³ Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 13.

⁴ Fernando Herren Aguillar, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 12.

⁵ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 07.

aspecto normativo incluem-se o indivíduo social e os fatos decorrentes de seus relacionamentos. O homem é o centro do trabalho do cientista do direito, expressão do Humanismo Jurídico, que se caracteriza por avultar a pessoa humana, sua condição de centro referencial, o que significa colocá-la como substância do Direito, como sua causa e seu fim, algo que contemporaneamente volta a ganhar relevância. Daí o enfoque que se faz necessário da decidibilidade como temática a ser tratada, ou seja, da ponderação de que o operador ou militante do direito deve preocupar-se não somente da construção abstrata da solução, mas aplicar a norma positiva de forma a decidir efetiva e coerentemente sobre um conflito.

2. Breve panorama histórico.

Conhecendo a extensão de uma reportagem histórica abrangente, pretende-se em poucas linhas apenas situar o leitor de forma célere em alguns contextos científicos importantes ocorridos ao longo dos séculos.

Nem sempre foi bem vista ou até aceita a ideia da *jurisprudência* como uma Ciência. ERIK WOLF reproduz frases de aversão aos juristas, como “cavaleiros de parágrafos cuja existência tem como fim a guerra de papel”, “burocratas alheios ao mundo e alheios à vida, que decidem de acordo com um esquema X” ou “que pretendem dirigir o desenvolvimento da situação social e do relacionamento humano do tapete verde das comissões e conferências” ⁶. Basta, neste momento, lembrar o inconformismo de KIRCHMANN, que dentre outros argumentos pronuncia a possibilidade do desmoronamento de inteiras bibliotecas por uma simples alteração legal, ato de vontade de um legislador. Sua celebre frase “três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras estarão maculadas” marcou a história e atormentou juristas durante longas décadas ⁷.

⁶ *El carácter problemático e necesario de la Ciencia del Derecho*, p. 24.

⁷ Julius Hermann von Kirchmann, *Il valore scientifico della Giurisprudenza*, p. 18.

O termo ciência do Direito foi colocado pela escola histórica alemã no século XIX, que se preocupou em atribuir ao estudo do Direito um caráter científico. Os chamados pandectistas (MERKEL, BIERLING E BERGBOHM dentre outros), especialistas em Direito Romano, construíram o que batizaram de Teoria Geral do Direito, que busca os fenômenos contingentes em um nível superior de abstração. Os diversos ordenamentos jurídicos têm diversos pontos de contato entre si, e segundo AGUILLAR, isso pode ser explicado por razões históricas⁸.

Mas antes disso, no século XII, com o surgimento dos glosadores (como ACCURSIUS E BÁRTOLO), o aspecto dogmático já aparece. Possuindo um caráter limitadamente explicativo (exegético) através de observações gramaticais, filológicas e de sentido, e procurando distinções e concordâncias entre os textos, os glosadores exercitavam uma tentativa de harmonização dos textos legais, que se tornaram, ao fim, verdadeiros comentários.

No século XVII, com SAMUEL FREIHER PUFENDORF e os seguidores do *jusnaturalismo*, o estudo jurídico alcança outros escalões, apoiado no racionalismo que evidenciava um pensamento lógico ou dedutivo, não mais restrito ao entendimento literal das codificações. Em uma prosperidade cartesiana - analítica e dedutiva – PUFENDORF desenvolve uma “sistemática jurídica”, conjugando a observação empírica com a dedução racional, norteando-se pela *vontade divina*, responsável pela fixação dos princípios da razão humana.

Contemporaneamente, aparece o termo *sistema* disseminado especialmente por CHRISTIAN WOLFF, pregado como nexos de verdade e pressupondo conexão e perfeição formal de dedução. A concepção de sistema como organismo, mecanismo e ordenação, foi alcançada com marcante auxílio do jusnaturalismo moderno, por sua concentração racional.

A sistematização lógico-dedutiva perde sua força na escola histórica iniciada por GUSTAV HUGO e lapidada por SAVIGNY, que aparentemente renega a racionalidade lógico-dedutiva mas não renegando o sistema, e acolhe uma postura contingencial em sua nova estruturação. A interpretação da lei, em SAVIGNY, tem uma constituição tríplice: **lógica, gramatical e histórica**. A parte lógica consiste na

⁸ Fernando Herren Aguillar, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 167.

apresentação do conteúdo da lei, sua origem teleológica, pela qual o pensamento é expressado, o que se completa com a gramática. Mas para completar-se a interpretação, a parte histórica forneceria as condições de um determinado povo, em um determinado momento. SAVIGNY acaba concluindo que este aspecto é o que define a ciência, pois somente será possível captar o pensamento da lei no momento em que ela existe⁹. A lei poderá ser substituída pela convicção jurídica do povo, o que elevaria a sensação e a intuição ao patamar de formadoras das regras jurídicas, onde através de um processo de abstração que parte das relações sociais, seriam colhidos os institutos do Direito. Ainda assim, as ideias de sistema e unidade são preservadas¹⁰.

Seguindo-se um momento positivista no meio científico, onde o pensamento de ciência somente poderia ser concebido às induções experimentais, os juristas lutam para ter o seu saber reconhecido como válido, e alguns enveredam ao laboratorial eufórico da sociologia. Neste apocalíptico contexto, aparece HANS KELSEN e sua Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), buscando recolocar a *jurisprudência* em sua posição única e salvaguardar o mister jurídico. Porém, no afã de consolidar sua ciência e dela eliminar todos os elementos que lhe eram estranhos, subtrai todas as considerações valorativas - aí incluindo-se a ética - quando em favor da adequação lógica causa o detrimento da axiológica. Os “fatores estranhos” compreenderiam os fatos sociais, desconsiderados como objetos do cientista, e até mesmo a justiça, campo dos filósofos, limitando-se apenas ao estudo da norma posta. Segundo KELSEN, para uma conceituação científica, é necessário o desprendimento de qualquer julgamento valorativo, moral ou político¹¹.

A partir da metade do século XX, o pós-guerra denunciou as insuficiências de uma ciência que se preocupasse apenas com o caráter formal e estrutural e se distanciasse dos fatos concretos e consequentes conflitos que deles surgissem. Dentre outros pensadores, são marcantes os pensamentos de expressivos intelectuais como ERIK WOLF, que entendia ser tarefa da Ciência do Direito mais do que o mero conhecimento das leis e teorias sobre sua aplicação,

⁹ Friedrich Karl von Savigny, *Metodologia Jurídica*, p.13.

¹⁰ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 13.

¹¹ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 08.

todo o conjunto do ordenamento de uma sociedade, e THEODOR VIEHWEG e KARL LARENZ, que retomam a importância do fato social e do ser humano no desenvolvimento da pesquisa do jurista. A aplicabilidade e funcionabilidade do Direito são repassadas ao longo do último século dentro da Filosofia e da Ciência Jurídica. Redescobre-se a importância do conteúdo, além da forma, como elemento essencial do Direito.

3. A Metodologia.

Na busca da verdade, o processo mais comum utilizado é o raciocínio. E uma das formas de se atingir o conhecimento é através de deduções, aproximando-se da verdade por meio de impulsos da inteligência. É a chamada forma **discursiva** de conhecer, pela qual partindo de uma ideia concluímos pela validade de outra¹². Nisto se resume o método, conceituado nas palavras de JOÃO MENDES como a “ordem que deve ser observada na série de nossas operações para dispor os meios de chegar a um fim pré-estabelecido”¹³.

Como bem esclarece LARENZ, “cada ciência lança mão de determinados métodos, modos de proceder, no sentido da obtenção de respostas às questões por ela suscitadas”¹⁴. Na opinião de LARENZ, as doutrinas de SAVIGNY e de IHERING foram as que mais colaboraram para o desenvolvimento das metodologias científicas utilizadas pelos juristas.

Assim, é certo que a Ciência do Direito somente poderá solucionar os problemas que lhe são postos se eleger um caminho, um viés que possibilite ao investigador pensar conclusões substanciais acerca do objeto de sua investigação. E se disto depende seu sucesso, o aspecto metodológico, responsável pelos meios

¹² Jacy de Souza Mendonça, *O curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara*, Porto Alegre, Fabris, 1999, p. 131.

¹³ *Apud* Esther de Figueiredo Ferraz, *A orientação filosófica de João Mendes Junior*. In: *Ensaio de Filosofia do Direito*, p. 36.

¹⁴ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 01.

necessários e aceitos para a aproximação das verdades, assume um plano de merecido destaque ¹⁵.

Ressalte-se que esta eleição metodológica não se pode alcançar arbitrariamente, pois tratando-se a pesquisa do jurista de uma busca científica, método e objeto devem ser responsável e conscientemente “descobertos” por aqueles que fazem de sua atividade, a busca da verdade.

No interesse do nosso enfoque, foi NICOLAI HARTMANN quem, evidentemente calcado nos ensinamentos aristotélicos, observou que o pensamento poderia seguir por dois grandes caminhos: um **problemático** e outro **sistemático**¹⁶. No primeiro a importância é conferida ao problema, parte-se dele. No segundo, aplica-se a solução dada, encaixando-se a correta ao problema. E neste diapasão encontra-se o debate em torno do **método sistemático** e do **método tópico** dentro da Ciência do Direito.

Por enquanto deve-se aceitar a terminologia de “método” tanto ao pensamento tópico como ao sistemático, pois tal discussão será retomada mais adiante.

4. O Sistema – Enfoque sistemático.

Demonstram-se indispensáveis algumas considerações sobre o significado assumido pelos termos **ordenamento** e **sistema**, utilizados pelos cientistas, que como se sabe, não são termos equivalentes. Uma clara percepção desta diferença terminológica nos é introduzida por JUDITH MARTINS-COSTA, que conceitua o ordenamento como o conjunto das normas que regulam a vida jurídica em certo espaço territorial, e o sistema como as ligações nem sempre existentes,

¹⁵ Maria Helena Diniz, *A Ciência Jurídica*, p. 07.

¹⁶ Eduardo Angel Russo, *Teoria general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*, p 14.

entre as normas. O ordenamento é assim uma espécie de “ecossistema”, que pode abranger uma ampla variedade de sistemas e subsistemas normativos ¹⁷.

Para KANT, o sistema é a unidade sob uma ideia de conhecimentos diversos, ou a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários.

Em seu estudo acerca do pensamento sistemático, CANARIS destaca o significado de sistema para a Ciência do Direito, como um dos temas mais discutidos da metodologia jurídica ¹⁸.

Nota-se, portanto, que a gênese do Direito não é em absoluto a sistemática. O Direito não nasce sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser estudada de modo sistemático. Considerado assim, muitos autores atribuem ao jurista a tarefa de apresentá-lo de forma sistemática, para facilitar seu conhecimento, bem como seu manejo por parte dos que estão submetidos a ele, tanto aplicadores como receptores¹⁹.

Da aceção de sistema como modelo de organização de certo ordenamento uma importante consequência derivará, qual seja a concernente ao método de raciocínio. Nos direitos que encerram um sistema, o pensamento opera por meio de deduções lógicas, podendo deduzir todas as proposições a partir de certas noções, ou princípios fundamentais. Já nos conjuntos normativos que operam a partir do caso, o método de raciocínio será o tópico, raciocínio que parte do caso particular, buscando as premissas que poderão, eventualmente, ser válidas para a solução do caso particularmente considerado. Seria, pois, indevido chamar de sistema os direitos que operam com base no raciocínio tópico, pois ele é assistemático, ou não-sistemático ²⁰, como logo será tratado.

Compulsando obras célebres e de precedência milenar somos capazes de identificar alguns pensamentos, já em PLATÃO e ARISTÓTELES que de

¹⁷ *Boa-fé no direito privado*, p.43.

¹⁸ “Enquanto por exemplo SAUER exclama com ênfase: ‘apenas o sistema garante conhecimento, garante cultura, verdadeiro saber’ e WOLFF diz: ‘a Ciência do Direito ou é sistemática ou não existe’, EMGE opina, com discrição cética: ‘um sistema é sempre um empreendimento da razão com um conteúdo exagerado’ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, p. 05.

¹⁹ Maria Helena Diniz, *As lacunas no Direito*, p. 26.

²⁰ Judith Martins-Costa, *op. cit.*, p. 44.

uma forma ou de outra apontam a existência da sistemática. Porém como aponta RUSSO, foi com a “**Teoria Geral dos Sistemas**” que se deu um importante avanço epistemológico nas últimas décadas. Junto à semiótica e a lógica, constituem considerações indispensáveis ao pensamento sistemático ²¹.

Sua grande contribuição concentra-se na evidência dos meta-sistemas, assim como a semiótica descobriu a importância das metalinguagens, o que se repetiu com a lógica. Sistemas que falam de sistemas, linguagens que falam de linguagens e lógicas que falam de lógicas sintetizam a moderna epistemologia ²². A nomeada “Teoria Geral dos Sistemas” tem o seu nascimento atribuído a WOLFGANG KOHLER, com sua Teoria da Forma (*Gestalt*), quando em análise no campo da Física passou a afirmar que quando “se obtém uma força resultante de todas as forças variáveis intervenientes em cada ponto e em cada instante, todas as forças resultantes juntas formam uma estrutura de forças. Em cada ponto as forças produzirão mudanças de movimento ou de processo, que quando se consideram em sua totalidade, garantem ao sistema o equilíbrio das próprias forças” ²³. Depreende-se que destes fenômenos observados, onde a estrutura se realiza na resultante organizada de vários componentes, o sentido somente pode ser tomado pelo todo. Neste contexto percebemos duas características marcantes nas definições de sistema: a **ordenação** e a **unidade**.

A noção moderna de ciência, em seu campo lógico, deve obedecer a dois mandamentos:

- suas proposições devem ser coerentes, de forma que os enunciados não possam ser afirmados e negados ao mesmo tempo, sob pena de se tornar inconsistente;
- as proposições devem ser dispostas possuindo uma ordem de dedutibilidade, ou seja, dedutíveis umas das outras.

Isso significa que, em um processo lógico, parte-se de uma proposição hierarquicamente superior e encontra-se uma inferior, e vice-versa. Isso

²¹ *Teoria General Del Derecho*, p. 209.

²² *Ibid.*, p. 210

²³ Eduardo Angel Russo, *Teoria General del Derecho*, p. 214.

decorre diretamente do poder de abstração das proposições superiores, de maior abrangência, em direção às inferiores, de limite mais particular ²⁴.

Para RUSSO todo sistema é uma organização. E como tal, cada sistema requer regras distintas, mas idênticas com respeito a seus elementos internos. Após a organização sistemática, os componentes do conjunto já não são os mesmos, pois adquirem novo significado, dispostos pelas regras. Mudam-se as regras, muda-se o sistema ²⁵.

Daí a necessidade da noção de sistema implicar igualmente a noção de unidade – e não somente a organização, a interação entre os vários elementos do conjunto – porque este possui uma certa *identidade interna* que confere à soma dos elementos uma diferenciação própria, oposta ao que está fora do conjunto, rodeando o sistema constituído ²⁶.

Ainda no tocante a unidade, LARENZ aprecia o aspecto estrutural que um sistema pode adotar, pois a “ideia de sistema significa o desdobramento de uma unidade numa diversidade, que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido”. Tal ideia pode ser vista de duas formas: **uma unidade orgânica**, a exemplo do pensamento de HEGEL e SCHELLING, que se alcança através de uma intuição interna e onde os elementos constitutivos circundam um ponto **central** fundado em si próprio; ou alcançado de um conceito geral-abstrato, em **elevação** máxima, do qual se conduz uma lógica formal para a obtenção dos demais componentes ²⁷.

No primeiro caso, ou seja, enquanto prevalência centralizadora, a representação gráfica assume o formato de um círculo, onde é o epicentro que confere a unidade. Já no segundo caso o modelo assemelha-se a uma pirâmide, que no vértice superior encontra seu conceito supremo e único. Este último foi o aclamado pela grande maioria dos autores, convencidos de sua maior excelência funcional, excetuando-se apenas alguns poucos pensamentos, como o de NIKLAS LUHMANN e sua teoria dos sistemas autorreferenciais, que assume exatamente

²⁴ Eduardo Angel Russo, *Teoria General del Derecho*, p. 181.

²⁵ *Ibidem*, p. 214.

²⁶ Judith Martins-Costa, *Boa-fé no Direito Privado*, p. 41.

²⁷ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 22.

uma geometria circular. Ao modelo piramidal fez insigne apologia HANS KELSEN, iniciado com sua Teoria Pura do Direito, e sua “ficção”, autodeterminada Norma Fundamental Pressuposta (*Grundsnorm*).

Mas com os significantes avanços obtidos principalmente no século passado, ficou clara a insuficiência da equiparação da noção de sistema à restrita dedução lógico-formal.

Segundo LARENZ, um dos primeiros a confrontar-se criticamente com a ideia de sistema foi ENGISCH. Em seu trabalho, procura demonstrar a inviabilidade de uma ciência do direito calcada em um sistema rigorosamente axiomático, pois demandaria um fechamento de conceitos ou axiomas compatíveis e dedutíveis entre si, o que denunciou inviável, especialmente pela natureza absolutamente formal que tais axiomas deveriam assumir de tal sorte que se prestassem a alcançar todos os casos ²⁸.

O sistema jurídico, com o aperfeiçoamento dos estudos científicos, cada vez mais afirma seu caráter aberto, o que viabiliza sua modificação e evolução. EROS GRAU atribui esta abertura a incompletude do ordenamento jurídico e da provisoriedade do conhecimento científico. O sistema jurídico, por ser suscetível de aperfeiçoamento e um produto histórico-cultural, está em contínua evolução, e mantém sua dinâmica ²⁹.

4.1. Princípios.

A própria natureza do direito evidencia uma gênese valorativa, porquanto o ápice do conceito repousa sobre a justiça. Por consequência, ao se falar em **sistema jurídico** obrigatoriamente se fala em **sistema valorativo**. É tarefa do cientista pensar todas as consequências até o fim, transpor para casos comparáveis os valores legislados, solucionando contradições com outros valores, existentes ou que venham a existir.

²⁸ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 230.

²⁹ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 19.

E os princípios, assim considerados em relação ao ordenamento, podem ser identificados como a leitura dos valores, naturais ou positivos, hierarquizados conforme o interesse comum em determinado local e determinada época. São os chamados princípios gerais que dão unidade ao ordenamento. Os princípios explicitam a valoração do direito, são como que uma transcrição dos valores, em grau maior de concretude ³⁰.

Porém é comum encontrar-se diversas acepções do termo **princípio**, sempre em significados diversos, todos, porém, muito próximos entre si. Estes podem ser identificados pelo menos de forma tríade: o científico, o jurisprudencial e o legislativo.

Encontram-se ainda outros significados como o mais coloquial, utilizando-se princípio como sinônimo de início. Também como sinônimo de valor fundamental, elemento essencial, abstração, generalização, dentre outros. Os juristas utilizam a expressão “princípio” em diversos contextos: como elemento de uma disciplina específica, como valor, como instrumento, mas sobretudo como regra abstrata aplicável a fatos específicos ³¹. Assim, no uso doutrinário, a expressão “princípios de um ordenamento” é entendida como os “caracteres essenciais do ordenamento, o seu modo de ser e de aparecer, a sua fisionomia e o seu ânimo, ou seja, o seu espírito³²”.

Conforme acentua FALZEA, a finalidade da pesquisa científica é a de reconstrução e apresentação do ordenamento jurídico como síntese unitária dos conjuntos normativos que o compõe, e como um tecido contínuo dos valores jurídicos, em ação de estreita coordenação. Isto se dá graças ao emprego dos princípios gerais que se prestam a ordenar e delimitar cada setor do direito positivo ao mesmo tempo em que os coordena com o sistema real, este também entendido como o sistema cultural no qual a sociedade encontra-se e que vincula e disciplina as ações individuais ³³.

³⁰ Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, p. 86.

³¹ Guido Alpa, *I principi generali*, p. 06.

³² *Ibidem.*, p. 08.

³³ Angelo Falzea, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, p. 254.

Portanto, observa-se que se faz obrigatória a vinculação dos termos princípio e sistema e, como nota MARIA HELENA DINIZ, “sem os princípios não há ordenamento jurídico sistematizável nem suscetível de valoração. A ordem jurídica reduzir-se-ia a um amontoado de centenas de normas positivas, desordenadas e axiologicamente indeterminadas, pois são os princípios gerais que, em regra, rompem a inamovibilidade do sistema, restaurando a dinamicidade que lhe é própria”³⁴.

Contudo, é importante ressaltar uma distinção nem sempre abordada pelos que tratam o tema. Ao ser falar dos valores identificáveis, impende-se clarificar que princípios não são **axiomas**, pois estes exigem uma realização sem exceções (sempre que - então), e principalmente sem contradições, e a partir destes todos os “teoremas” devem ser deduzidos, com a exclusiva lógica formal ³⁵. Esta é, exatamente, uma das mais fortes críticas aos pensamentos estritamente formais de metodologias da Ciência do Direito, v.g. o modelo kelseniano, que restringe e inviabiliza as conclusões necessárias do cientista. Ao contrário, os princípios não são absolutos e exclusivos, e ostentam uma combinação de complementação e restrição recíproca ³⁶.

4.2. Princípios: dentro ou fora do ordenamento?

Quando se fala de princípios é inevitável a abordagem de sua origem, a fim de que se possa conceituá-los. Este é um aspecto fundamental de qualquer consideração que se faça nesta matéria.

Destarte, pergunta-se: estariam eles situados e identificados no interior dos ordenamentos ou ao revés, são fontes prévias para a formação daqueles? As posições se dividem, e os fundamentos são perspicazes em ambas as direções.

³⁴ Maria Helena Diniz, *As lacunas no Direito*, p. 214.

³⁵ Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, p. 100.

³⁶ *Ibidem.*, p. 88.

MARIA HELENA DINIZ reproduz a respeitada opinião de CLÓVIS BEVILACQUA, que apesar de um positivismo jurídico de ordem sociologista, coloca os princípios gerais de direito não no direito nacional vigente, mas como elementos fundamentais da cultura jurídica humana do momento, das ideias sobre as quais se assenta a concepção jurídica dominante, das induções e generalizações da Ciência do Direito e da jusfilosofia, atribuindo-lhes, portanto, caráter universal, ligando-os ao sentimento de justiça ³⁷. Também no regime universal é o ensinamento de EMILIO BETTI, que propõe o princípio como “o começo de uma normatização ou de todas as normas e critérios em um país em um momento histórico e, por ser assim, estão *sobre e fora do ordenamento*” ³⁸.

Mas como já destacado, as doutrinas divergem e encontramos, com a mesma frequência, outras posturas. Para EROS GRAU, os princípios gerais de direito não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior ³⁹.

Não é diferente o posicionamento de VITTORIO ITALIA, que em sua excepcional obra sobre os princípios, os identifica na lei, como as regras jurídicas importantes que tem um relevo de caráter geral e condicionam outras regras⁴⁰. Para este autor, o princípio jurídico é na verdade uma regra da qual depende outra regra⁴¹.

É igualmente nesta obra que se encontra um dos tratamentos mais cautelosos acerca dos princípios. Com muita procedência, ITALIA destaca a necessidade de atribuir-se ao princípio seu lugar de merecimento, contraditando a vulgarização do termo, que sem um enquadramento conceitual responsável, vale a embasar opiniões arbitrárias em todas as direções. O princípio deve ser considerado como uma premissa maior, uma premissa geral, da qual se fazem descender os corolários particulares, e uma premissa geral para o qual se pode dirigir para encontrar a solução de controvérsia⁴².

³⁷ *As lacunas no Direito*, p. 221.

³⁸ *Apud* Guido Alpa, *I principi generali*, p. 07.

³⁹ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 46.

⁴⁰ *Principi generali e principi determinati dalla legge*, p. 03.

⁴¹ *Ibidem*, p. 12.

⁴² Vittorio Italia, *Principi generali e principi determinati dalla legge*, p. 13.

À época das codificações, o termo era frequentemente empregado tanto em favor de uma interpretação quanto em seu detrimento. Os princípios gerais já constituíram, por muitas vezes, um instrumento incerto, elástico, arbitrário. Sempre possuindo um patamar crescente de maior generalidade e abstração, foram paulatinamente deformados. E, especialmente, no momento em que eram aplicados, sofriam certa individualização por parte do intérprete, e aquilo que deveria ser um instrumento preciso e rigoroso transmutou-se em um instrumento impreciso, arbitrário, perigoso e fundamentalmente inidôneo a perseguir um dos objetivos do Direito, qual seja, o da certeza ⁴³.

Essa arbitrariedade levou os teóricos a uma tentativa de solidificar a identificação dos princípios e a preencher o conteúdo do termo, de forma a promover uma maior segurança jurídica.

Nessa esteira, VITTORIO ITALIA retoma a gênese do princípio, e o considera como a regra jurídica mais relevante, o módulo necessário em um sistema pluralístico. O que chama de “**regra princípio**”, é o condicionador de outras leis e regras. “Tal sistema de princípios é aquele que consente de ter unido o ordenamento e permite de salvaguardar a unidade a respeito de específica diversidade” ⁴⁴.

Adepto da corrente que abstrai os princípios dos valores inclusos no ordenamento, ITALIA observa um predicado, uma categoria importante e que julga necessária ao Direito, e que aqui se pode dizer aos ordenamentos positivados pelos métodos legislativos, quando disserta sobre os **princípios determinados pelo legislador**.

O princípio determinado pelo legislador é uma disposição normativa que exprime um juízo de valor, e cujo conteúdo se reflete nas disposições normativas que dele dependem, e ainda constituem parâmetro para a interpretação destas disposições. Todos estes elementos são estritamente coligados entre si. Mas o elemento primeiro, verdadeiramente característico do princípio determinado pelo legislador, é aquele pelo qual esse é uma disposição normativa que incide naquele através da função que desenvolve. Disso decorre o pensamento de que o princípio

⁴³ *Ibidem*, p. 30.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 34.

determinado pelo legislador não pode ser assumindo por este como denominador comum, mas sim entendido como um elemento essencial, basilar.

Portanto, seria incompleto definir estes princípios como regras gerais porquanto distintamente previstos, ou porquanto o princípio pode comportar uma série indefinida de aplicações, mesmo porque os princípios determinados pelo legislador não exprimem somente uma generalidade de fatos específicos e podem ser também disposições normativas específicas, sem caráter abstrato e conteúdo indeterminado. É, no mínimo, duvidoso supor-se que os conceitos fundamentais são algo distinto dos conceitos das coisas individuais, e como afirma MAYER, são expressões sintéticas do particular: todo conceito é uma síntese e o conceito fundamental é a síntese mais fundamental ⁴⁵. O princípio determinado pelo legislador e as regras gerais, embora distintos, podem ainda ter também os pontos de contato, mas se colocam sobre plano diverso. O princípio determinado pelo legislador é o protótipo das outras disposições legais e põe uma diretiva normativa, um endereço ⁴⁶.

Assim, ITALIA entende que a legislação de princípios apresenta-se como um instrumento necessário dos que operam com o Direito na atualidade, e deve ser encarado como uma nova preocupação da função legislativa no mundo moderno. Os princípios determinados pelo legislador não podem ser postos sobre o plano dos tradicionais princípios gerais, como entendidos em outras épocas, vagos e misteriosos, para não dizer mitos, e não consentem naquele recurso indiscriminado ao espírito da lei, a finalidade do direito, que dava margens a soluções ou teses doutrinárias e jurisprudenciais que não encontram conforto nas prescrições legais. Sobre este perfil, princípio determinado pelo legislador representa um instrumento mais rigoroso que os precedentes princípios, representando o ponto de acordo, entre política e direito que é tornado explícito. Concordam em resolver o problema do pluralismo das fontes e, enfim, representam o instrumento que melhor pode salvaguardar a certeza do direito ⁴⁷.

⁴⁵ Max Ernst Mayer, *Filosofía del Derecho*, p. 21.

⁴⁶ *Principi generali e principi determinati dalla legge*, p. 82 e ss.

⁴⁷ *Principi generali e principi determinati dalla legge*, p. 197.

E não somente este autor evidencia a importância de se considerar um ordenamento específico como o berço dos princípios. Encontra-se no discurso de ANGELO FALZEA a alusão à “enucleação” dos princípios que sustentam o ordenamento jurídico, colocados em uma escala hierárquica edificada em diversos postos, em paridade aos valores jurídicos que, na verdade, são o seu fundamento, e ainda em seu conteúdo a diversidade e abrangência necessárias para garantir sua operatividade, enquanto descendência do nível de generalidade que qualquer um deles deva alcançar. Sob estes princípios estrutura-se e unifica-se o inteiro material normativo do ordenamento jurídico. A análise do Direito, para que o ordenamento jurídico possa cumprir eficazmente a sua tarefa social e cultural, deve seguir um roteiro sempre global, porém concluindo em síntese pelas disposições. Esta é, por sua natureza, a atividade científica, especialmente do cientista jurídico, e o seu produto é o **sistema jurídico**⁴⁸.

Embora as tendências modernas rumem a uma exclusividade de percepção dos princípios a partir do ordenamento jurídico, e a rigor, do ordenamento posto (positivado), não se pode deixar de ter em mente que o Direito é elaborado em função da sociedade, e deve obrigatoriamente retratar os anseios e proteger os interesses, e porque não dizer valores, do grupo social a que se presta. Desta forma, em um processo hegeliano, o surgimento parte da sociedade, refletindo no ordenamento e retornando a esta na síntese de suas conformidades em direção ao bem comum. Tais princípios, considerados “sustentadores” por LARENZ, são pautas gerais de valoração, mas que não chegam a solidificarem-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, que possuem a faculdade da mera subsunção do fato ao tipo, mas que atuam como justificadores destas ⁴⁹.

O constante aumento da posituação principiológica nos ordenamentos jurídicos, especialmente nos textos constitucionais, é de visível constatação, e atende aos instintos de maior segurança necessária ao Direito, porquanto este deve representar os ideais de justiça, que somente serão atendidos se mantidos de forma a serem acatados pela sociedade. Porém, antes de positivados são identificados no grupo social, e dispostos em conformidade com a escala valorativa deste mesmo grupo, o que não deve ser preterido pelo legislador.

⁴⁸ *Teoria Generale del Diritto e di dogmatica giuridica*, p. 250.

⁴⁹ *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 316.

Particularmente, entendemos que os princípios são leituras valorativas, colhidas na sociedade com vistas ao bem comum, e que existem antes mesmo da positivação do Direito. Sujeitar sua existência o direito posto é desfigurar sua gênese e função em benefício da segurança jurídica. Mesmo assim, nada impede que certos princípios, de verificada concretude, sejam positivados e passem a integrar os textos normativos.

É o que se poderia predicar de princípios positivos, os chamados princípios gerais de direito. MARIA HELENA DINIZ, ao abordar o tema, apresenta alguns dos brocardos que considera dentro desta categoria, como a moralidade, a função social da propriedade, “ninguém pode transferir mais direitos do que tem”, “a boa-fé se presume”, “ninguém pode invocar a própria malícia”, “a proibição de locupletamento ilícito”, “quem exercita o próprio direito não prejudica ninguém”, *pacta sunt servanda*, entre outros ⁵⁰. Porém, antes de aceitar-se pacificamente alguns de seus exemplos, devemos abordar outro enfoque, o tópico, para que após as considerações sobre sua definição e aplicação, não se permita equivaler princípios a *topoi*, em detrimento do estudo científico.

5. A Tópica – Enfoque tópico.

Atribui-se a THEODOR VIEHWEG a retomada da tópica e essencialmente a sua inclusão na Ciência do Direito, especialmente como oposição ao método sistemático dedutivo que apenas adequa-se ao caráter formal do Direito. VIEHWEG, através de seu escrito sobre Tópica e Ciência do Direito (*Topik und Jurisprudenz*) renovou a discussão metodológica e encontrou, pela sua crítica ao sistema, quer consentimento, quer firme recusa ⁵¹. Considera-se, desde então, esta como a obra mais importante do segmento e coluna dorsal do enfoque tópico.

⁵⁰ *As lacunas no Direito*, p. 225.

⁵¹ Claus-Wilhelm Canaris, *op. cit.*, p. 05.

Para VIEHWEG, o trabalho prático com o Direito tem uma natureza tópica, pois a busca da solução para um problema prático é determinante e tal solução não é aportada de modo inequívoco por nenhum gênero de sistema. Por mais que os ordenamentos jurídicos tratem de ordenar-se sistematicamente, seus conteúdos não serão produto originariamente da necessidade lógica, senão da opção entre premissas possíveis⁵².

Somando-se a VIEHWEG, outro autor - EDWARD H. LEVI - em 1951 publicou sua obra intitulada *An introduction to legal reasonig*, que grande influência exerceu no âmbito da *common law*. Para este autor, o processo do raciocínio jurídico se dá através de exemplos, do caso particular ao caso particular, e somente assim pode alcançar seus objetivos ⁵³. No sistema anglo-norteamericano, que se desenvolve dos casos específicos ocorridos, o julgamento não se funda essencialmente em leis expressas e codificadas, e os conceitos são muitas vezes extraídos dos casos particulares, situações individuais, o que movimenta o sistema do particular ao geral, e não da aplicação compulsória dos preceitos ao caso⁵⁴.

Contemporâneos a VIEHWEG encontram-se ainda RECASÉNS SICHES (1956) e JOSEPH ESSER (1961), que no campo da argumentação elaboraram trabalhos semelhantes ao jurista alemão.

O nome **tópica** foi cunhado por ARISTÓTELES, em seu *Organon*. Unindo-se a SÓCRATES e PLATÃO, trata do pensamento filosófico, que chamou *apodítico*, e da técnica sofista, chamada *dialética*. O primeiro se situaria no campo da verdade, e o segundo no meramente oponível (*endoxon*)⁵⁵.

Assim, pretende aplicar a sua ciência lógica à tópica, para configurar um método que tomando as proposições conforme opiniões (*ex endoxon*) não se permitam contradições, e colocado um problema qualquer, raciocinado-se a partir de opiniões adequadas, posicione-se corretamente a favor ou contra. ARISTÓTELES

⁵² *Tópica e Jurisprudência*, p. 80.

⁵³ *As razões do Direito*, p. 61.

⁵⁴ Edgar Bodenheimer, *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas*, p. 373 e 374.

⁵⁵ Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, p. 24.

afirma então que à tópica competem os raciocínios descendentes de premissas aceitas por todos, ou seja, aceitas como verdadeiras⁵⁶.

Em seu *organon*, em aberta crítica e desaprovação aos retóricos e sofistas e seus argumentos dialéticos, descreve o que chamou de *techne*, e analisa dissecadamente seus componentes e sua utilização. Aqui se impende um aparte para o esclarecimento do termo *techne*, que em grego tem um significado amplo, e significa toda profissão prática que se arrima em conhecimentos especiais e seguros, somados a regras gerais, e não somente uma simples rotina⁵⁷.

A tópica aristotélica, portanto, é uma técnica (*techne*) que parte de uma classificação das opiniões comuns, sentidos comuns, ordenados em categorias. Estes lugares comuns são chamados *topoi*.

Mas é CÍCERO quem se aproveita destas construções e as reverte à *praxis* da argumentação, inicialmente a pedido de um amigo jurista, TREBATIUS, que não compreendendo o rebuscado linguajar de ARISTÓTELES pede a CÍCERO que o transforme em compreensível. Embora sua tópica seja inferior a tópica aristotélica, sua repercussão foi enorme, mesmo abordada em diferente perspectiva. Enquanto ARISTÓTELES tratava do apodítico e do dialético, CÍCERO trata da invenção (*ars inveniendi*) e da formação do juízo. Afirma que a todas as espécies de polêmicas poderão ser utilizados *topoi*, e destaca a elaboração de um quadro, contendo inquirições possíveis, que possibilite a associação das provas cabíveis⁵⁸. Para Cícero, a tópica seria a arte (*ars inveniendi*) de se encontrar os *topoi*, e a formação de juízo suas aplicações para as conclusões⁵⁹.

A tópica aparece a VIEHWEG pelas linhas de VICO, em uma obra sua nomeada *De nostre temporis studiorum ratione*, editada em 1708⁶⁰. Nela, VICO critica a metodologia das ciências naturais de sua época, adeptas do cartesianismo, que a partir de uma premissa (*primum verum*) atingiam longas cadeias dedutíveis. Tal método sistemático somente se manteria válido enquanto o *primum verum* realmente fosse *verum*, o que demonstrava a fragilidade da base de apoio da

⁵⁶ Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, p. 25.

⁵⁷ Werner Jaeger, *Paideia*, p. 515.

⁵⁸ Theodor Viehweg, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁹ Manuel Atienza, *As razões do Direito*, p. 65.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 19.

metodologia ⁶¹. E acreditava na necessidade da utilização do método tópico, que chamou de antigo, onde o sentido comum seria o tronco do pensamento. Referia-se então a uma das matérias da retórica, de relevância na antiguidade e repassada até a prevalência do racionalismo.

Em linhas gerais, a tópica consiste em uma técnica orientada ao problema, um caminho problemático de pensamento que parte dele e em direção a ele. Visa-se com isto evitar as aporias, e sempre encontrar uma solução ao caso concreto. Como acima citado, opera-se no viés alternativo referido por HARTMANN, em oposição ao pensamento sistemático em que prevalece a solução dada, e adota-se o pensamento problemático.

VIEHWEG explica que o raciocínio tópico “quando se depara, onde quer que seja, com um problema, pode-se naturalmente proceder de um modo simples, tomando-se, através de tentativas, pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente. Busca-se, desse modo, premissas que sejam objetivamente adequadas e fecundas e que nos possam levar a consequências que nos iluminem” ⁶².

Logo, o problema em si, seu surgimento, é o condutor deste tipo de pensamento, e JUDITH MARTINS-COSTA retrata muito bem os pontos principais do que o propagador da tópica considera como “problema”, observando dois aspectos nucleares: a existência de **distintas alternativas** e, por conseguinte de **distintas repostas**; e diante desta diversidade, a dependência de uma repostada, o que implica na eleição entre as alternativas em vista à decisão ⁶³.

A partir destas exordiais na condução da discussão, estes pontos de vista (*topoi*) emergem do problema apresentado, de acordo com a aceitação ou rejeição do interlocutor. O que é aceito pelo adversário põe fim a uma certa fase da discussão, sendo aceito como premissa, e parte-se então à fase seguinte do diálogo, sempre em direção à decisão ou solução do problema. Note-se que não há a exigência de se fundamentar a premissa alcançada, mas apenas de legitimá-la como adequada e aceita.

⁶¹ Judith Martins-Costa, *op. cit.*, p. 356.

⁶² *Tópica e Jurisprudência*, p. 36.

⁶³ *Boa-fé no Direito Privado*, p. 366 e ss.

O que VIEHWEG, antes de tudo, quer destacar é a prioridade da invenção ou o descobrimento dos argumentos ou premissas da argumentação jurídica frente ao ato mecânico ou puramente formal da conclusão ou dedução de uma decisão a partir dessas premissas previamente estabelecidas. E a tópica seria *ars inveniendi*, a técnica de pensamento que ensina a descobrir esses argumentos que são úteis na justificação de decisões por gozar de consenso no conjunto social ou na comunidade jurídica.

É a ideia de que é no contexto de cada situação que através do intercâmbio de razões se colocam as bases para que a decisão seja socialmente aceitável, se bem que essa aceitabilidade provirá meramente do **consenso** que fornece respaldo aos *topoi* presentes e ainda do procedimento de seu manejo.

Como teoria combativa ao método sistemático axiológico-dedutivo calcado em princípios, utiliza-se o rol dos *topoi* para que se pense o Direito partindo-se do problema, do caso concreto apresentado, e se encontre a solução. Atuando-se desta forma, alguns pretendem converter a tópica à metodologia do Direito, metodologia aplicada à Ciência do Direito, negando-se a obrigatoriedade do pensamento sistemático. Antes de expressar manifestações a esta corrente, nos compete dissertar acerca dos *topoi*, peças fundamentais do pensamento tópico.

5.1. Topoi

Mesmo não possuindo a vastidão de entendimentos e desentendimentos que, ao contrário, proporcionam os princípios, atemo-nos, a seguir, do conceito e da natureza do *topos*, utilizado no pensamento tópico.

O que ARISTÓTELES chamou *topoi* podemos definir como opiniões comuns, argumentos aceitos por uma maioria, e com força de persuasão, que com seu poder de convencimento são capazes de angariar o opositor do diálogo. Tais argumentos ou “fórmulas” não obedecem a rigores técnicos ou hierárquicos, e sempre mantêm seu caráter variável, de acordo com o lugar e o momento em que são empregados. A partir de sua definição, ou como enunciado por CICERO, de sua invenção, são empregados segundo a necessidade da retórica.

Sinteticamente, MARIA HELENA DINIZ os define como “pontos de vista que são muito indeterminados e não gerais, mas que, no decorrer dos tempos, têm sido reconhecidos”⁶⁴.

TÉRCIO FERRAZ, no prefácio à tradução da obra de VIEHWEG, com peculiar clareza nos explica que os *topoi* são postulados com caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa, mantendo figuras doutrinárias abertas, sem rigor lógico e que assumem sua significação em função do problema a resolver, como fórmulas de procura da solução do conflito⁶⁵.

O que VIEHWEG percebeu foi a importância e relevância pragmática do discurso jurídico quando se busca justificar pontos de vista que tenham por escopo a solução de um problema. O que propõe com sua tópica é um conjunto de regras e deveres processuais que orientem o discurso e que possibilitem o encontro de premissas cuja validade dependa exclusivamente de sua aceitação por parte dos intervenientes do discurso comunicativo. O fundamento da validade das premissas alcançadas é o seu reconhecimento e não o resultado de uma decisão ou escolha arbitrária de premissas derivadas de uma experiência legislativa ou de uma evidência objetiva (método dedutivo). Esta relevância do discurso ou da argumentação jurídica é uma linha perseguida pelos pensamentos de PERELMAN, ALEXY, HABERMAS e ATIENZA, dentre outros. Deste econômico elenco, destaca-se PERELMAN, que compartilhando das ideias de VIEHWEG, confere uma poderosa relevância à argumentação, que segundo aquele autor, sempre predomina e aparentemente contém a força jurídica criadora e prudente que fornecerá êxito à justificação das decisões. Com tal poder, não se pode descuidar da argumentação, deixando-a livre ao irracional, sem um conjunto de regras que racionalizem sua execução.

Inicia-se então determinando esses lugares comuns, que em seguida podem ser ainda diferenciados em gêneros e espécies. Nasce assim os *topoi*, definidos por VIEHWEG como “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

⁶⁴ *As lacunas no Direito*, p. 121.

⁶⁵ *Tópica e Jurisprudência*, p. 03.

podem conduzir à verdade”⁶⁶. Concluindo sua análise da argumentação retórica, ARISTÓTELES demonstra filosoficamente a criação e existência de um catálogo de *topoi*, sempre orientados por problemas e composto de certa quantidade de sentidos comuns.

A ausência de hierarquização é vista por ATIENZA como uma falha na tópica, pois “os tópicos devem ser vistos como premissas compartilhadas que têm uma presunção de plausibilidade ou que, pelo menos, impõem a carga da argumentação a quem os questiona. Mas o problema essencial que se coloca com seu uso é que os tópicos não estão hierarquizados entre si, de maneira que, para a resolução de uma mesma questão, seria necessário utilizar tópicos diferentes, que levariam também a resultados diferentes”⁶⁷.

Certamente pela sua natureza, o *topos* ou *common sense* não comporta uma estruturação hierárquica, e em extremo apenas o que VIEHWEG qualificou de tópicos de **primeiro e segundo grau**. Em um primeiro momento (grau) é identificado um sentido comum individual, que possibilita uma certa organização de *topos* em série, relacionados àquele primeiro. Aqui já se fala do *topos* de segundo grau. Assim, isoladamente são considerados de primeiro grau, e organizados, como de segundo grau.

Para a tópica jurídica, a solução decisória de cada problema jurídico seguir-se-á a partir da busca e discussão dos tópicos aplicáveis. E dentre o arsenal de *topoi* argumentativos que a tópica proporciona serão invocáveis, em cada caso, aqueles que resultem adequados e admissíveis em relação com o assunto de que se trate, sem que a decisão em favor de um ou de outro como preferente se derive de nenhum tipo de hierarquia entre eles.

Apossando-se do exemplo de TÉRCIO FERRAZ, um *topos* de primeiro grau seria *v.g.* a noção de interesse, de onde em segundo grau conseguiríamos as noções de interesse público, privado, legítimo, protegido etc.⁶⁸. São noções vagas, que se determinam de acordo com o litígio entre sociedade e

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 27.

⁶⁷ Manuel Atienza, *As razões do Direito*, p. 66.

⁶⁸ *Tópica e Jurisprudência*, p. 04.

indivíduo, indivíduo e Estado, tendo como centro a aporia do que é justo, aqui e agora.

E na literatura jurídica, tanto em doutrinas como em julgados dos tribunais, é comum encontrar-se algumas expressões que facilmente são identificáveis como *topoi*. Portanto, expressões como “*in dubio pro reo*”, “o direito de um termina quando começa o do outro”, “deve-se dar a cada um o que é seu”, são alguns exemplos encontrados que se encaixam perfeitamente na noção de pontos de vista aceitos, “lugar comum”, ou *topos* da chamada tópica.

6. Princípios e *Topoi* – diferenciação.

É imprescindível que após serem tratados dos conceitos doutrinários de princípios e *topoi* sejam delimitados seus alcances e sua forma de imposição, antes de se apreciar se efetivamente se configuram ou não determinantes metodológicos. Não seria possível a colocação prática destes entes, seja como método ou como técnica, se não soubéssemos distingui-los.

Diante das exposições acima, princípios e *topoi* não se confundem. Assim, não podemos aceitar a opinião de LUIS ALBERTO WARAT que em sua recriação da retórica equipara os *topoi* aos princípios gerais de direito ⁶⁹.

Quando se fala em *topos*, lugares comuns, fala-se apenas em posições, conclusões, pontos de vista que pela sua verossimilhança atuam como apaziguadores da discussão e conduzem para a solução do caso concreto. Portanto, os *topoi* adquirem sua aceitação pela concordância da maioria, ou ainda pela anuência dos “mais sábios”. Os *topoi*, sem possuir nenhum critério de escolha, simplesmente se impõem pela conveniência e capacidade de por termo a uma parcela da discussão problemática. São antes de tudo noções ocas, vazias, rarefeitas que tomam corpo diante da necessidade e frente ao problema.

⁶⁹ *Mitos e Teorias na Interpretação das Leis*, p. 86.

Os princípios não se legitimam a partir da opinião de todos ou da maioria, mas sim dos valores, positivados ou não. Percebe-se nitidamente que possuem um conteúdo, corpo fixo. Para que não se repita o assunto tratado acima, apenas relembramos que o princípio, leitura dos valores, atua de forma irradiadora, contaminando a todos os subprincípios e a todas as regras do ordenamento, e atuam de forma a vincular as demais conclusões subordinadas a ele.

7. Os avanços da Ciência do Direito.

Foram vistos, nas poucas linhas acima, os conceitos de sistema e tópica, bem como de princípios e *topoi*, identificando suas diferenças e importâncias. Surgem então algumas questões: a tópica ou a sistemática podem ser consideradas como metodologias a serem aplicadas na labuta do jurista? E é possível, na Ciência do Direito, adotar-se com congruência, completude e exclusividade somente uma das duas formas de pensamento?

Em princípio, devemos diferenciar os termos **método** e **técnica**. Segundo TERCIO FERRAZ, os dois não se confundem. Uma Ciência pode utilizar variadas técnicas, mas somente pode adotar um método. Enquanto o método acolhe os critérios para selecionar as hipóteses em direção ao enunciado verdadeiro quanto ao objeto, a técnica pode ser definida como o conjunto dos instrumentos, variáveis conforme os objetos e temas ⁷⁰.

O que se pode perceber é que o trabalho sistemático possui a roupagem de metodologia, porquanto reconhece uma ordem normativa existente e conseqüentemente seus valores principais, garantindo a univocidade e a unidade do ordenamento. E disto a Ciência do Direito, enquanto ciência, depende para a concretude de seu mister. No cerne de um trabalho sistemático – a metodologia – podemos nos valer da tópica – uma técnica – em certos casos onde sua aplicação se faz necessária.

⁷⁰ A Ciência do Direito, p. 11.

Tomando-se, então, a contingência técnica dentro do fator metodológico, é perfeitamente possível a adequação da tópica e da sistemática na Ciência do Direito. O próprio VIEHWEG, em sua obra *Topik und Jurisprudenz* aponta o desenvolvimento tópico como uma *techne*, um “estilo” de pensamento. Deve-se firmar concordância com TÉRCIO FERRAZ quando escreve que “a tópica vinculada à jurisprudência fez desta menos um método e mais um estilo de pensar, que dizia respeito mais a aptidões e habilidades e que se reproduzia por imitação e invenção, à medida que constituía, para os juristas, uma atitude cultural de alto grau de confiabilidade em suas tarefas práticas” ⁷¹. E quando VIEHWEG apresenta suas linhas acaba por tomar a parte pelo todo ao limitar o gênero “pensamento sistemático” aos contornos de uma de suas espécies, qual seja o pensamento axiomáticamente orientado. Como se vê, a rejeição do pensamento sistemático opera, para VIEHWEG, num quadro fortemente delimitado. Significa, portanto, para o autor, a rejeição apenas ao pensamento axiomáticamente orientado, sistema lógico-formal ou axiomático-dedutivo e, portanto, não à sistemática em si. ⁷²

Por outro lado, os mais fiéis defensores do pensamento sistemático não descartam de todo a tópica. CANARIS encontra campo para sua utilização na determinação valorativa, “sempre que faltem valorações jurídico-positivas suficientemente concretizadas” ⁷³. Na ausência da valoração legal, a tópica pode auxiliar a endereçar o jurista dentro do ordenamento, para que através dele e do sistema encontre seu rumo. Um dos casos em que seu mérito é reconhecido é quando na identificação de lacunas ou antinomias reais se entrega ao intérprete a incumbência de identificar e aplicar os pontos de vista em face do problema, e em termos tópicos, encontrar a solução. A tópica e a sistemática não estão isoladas, mas sim se interpenetram mutuamente. ⁷⁴

Concordante com a importância do pensamento tópico, em especial no preenchimento de lacunas, está MARIA HELENA DINIZ, que chega a ponto de afirmar que diante da inexistência daquele, seria quase impossível num conflito de posições, a constatação e o preenchimento de lacunas em nosso Direito ⁷⁵. E é

⁷¹ *Introdução ao estudo do Direito*, p. 323.

⁷² Judith Martins-Costa, *Boa-fé no Direito Privado*, p. 362.

⁷³ Claus-Wilhelm Canaris, *op. cit.*, p. 269.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 273.

⁷⁵ *As lacunas no Direito*, p. 130.

exatamente esta a preocupação dos filósofos da argumentação: argumentar em um sistema aberto ⁷⁶.

Assim, em resposta às indagações formuladas, mostra-se evidente a coexistência entre os pensamentos tópico e sistemático, além da impossibilidade de o cientista operar sem que se valha de ambos. E como já avultado acima, isto se dá em função da deferência que se presta à **decidibilidade** no Direito. É certa a ponderação de TÉRCIO FERRAZ, quando assevera que “envolvendo sempre um problema de decidibilidade de conflitos sociais, a Ciência do Direito tem por objeto central o próprio ser humano que, pelo seu comportamento, entra em conflito, cria normas para solucioná-los, decide-o, renega suas decisões, etc. Para captá-lo, a ciência jurídica se articula em diferentes modelos, determináveis conforme o modo como se encare a questão da decidibilidade. Cada um destes modelos representa, assim, uma efetiva concepção do ser do homem, como centro articulador do pensamento jurídico” ⁷⁷.

O cientista jurídico deverá utilizar os recursos disponíveis para garantir à sua ciência a efetividade, de forma que a vinculação dos conceitos e enunciados jurídicos ao “problema” não permitam a formação de cadeias dedutivas que percam de vista a circunstância concreta. O estilo de pensar tópico flexibiliza a formação conceitual abstrata necessária ao pensamento sistemático (lógico-dedutivo). Mais do que isso, sempre tendo em mente o “problema” impede-se a formação de um pensamento limitado às operações de dedução e redução, como ocorre com a atividade da pura subsunção.

Com isso não se quer afirmar um desprezo à aplicação de um raciocínio lógico que certas regras jurídicas demandam, e que se realiza através da atividade, ou operação mental, da subsunção diante da abstração da norma ⁷⁸. Porém, em determinadas situações, a norma pode não se apresentar com esta evidência, ensejando outra solução que não a de índole sistemático-dedutiva. Nestas situações, na qual não há uma única solução possível, ou a solução

⁷⁶ A respeito, Arthur Kaufmann, *Filosofia del Derecho*, p. 87.

⁷⁷ Tércio Ferraz Sampaio Jr., *A Ciência do Direito*, p. 47.

⁷⁸ Judith Martins-Costa, *op. cit.*, p. 364

aparente não se mostra a mais indicada, o jurista se defrontará com o que VIEHWEG denomina de problema ⁷⁹.

É consoladora a conclusão de JUDITH MARTINS-COSTA, que também se pode encontrar em LARENZ, CANARIS e ENGISCH, quando reconhece a necessidade de uma interação entre dedução e indução, entre o sistema e o caso, entre o método sistemático e o método tópico.

Tendo-se esta consciência é possível compreender como dentro de uma estrutura formal, a exemplo do direito codificado, constantemente nos deparamos com emersões de elementos problemáticos, que acabam por serem sistematizados.

Sistematização e problematização (assistematização) mantém uma estrutura dialética que sustenta um modelo aberto de sistema, eis que tendente à permanente reinserção dos novos elementos e posterior ressystematização ⁸⁰.

CONCLUSÃO

Hodiernamente é predominante a corrente doutrinária que encara a pesquisa do jurista como tarefa científica, e não arbitrariamente, mas sim calcada nos progressos obtidos na indicação do objeto e da metodologia de sua ciência. Devemos reconhecer o papel da Filosofia do Direito, principalmente da corrente humanista, que recolocando a necessidade de posicionamento do ser humano e seus atos no centro da discussão jurídica, permitiu avanços incomensuráveis à Ciência do Direito. Nas palavras de PROTÁGORAS, *o homem é a medida de todas as coisas*.

Esta recolocação nos mostra a importância da decidibilidade na pesquisa a ser elaborada, e que as lucubrações formais e desprovidas de conteúdo

⁷⁹ Judith Martins-Costa, *op. cit.*, p. 366

⁸⁰ *Ibidem*, p. 377.

não mais são suportáveis ao jurista, que enquanto desenvolve seu mister, retoma a vinculação do conceito do justo ao conceito de direito.

Por isso, são dignas as preocupações filosófica e científica quanto ao método e as técnicas de trabalho do jurista, e desta preocupação surgem colaborações inestimáveis, que fundidas aos já existentes trabalhos, satisfazem um pouco mais a eterna busca da perfeição. Ao pensamento sistemático inicial, apenas axiomático-dedutivo, contrapôs-se a tópica de VIEHWEG, que se não atingiu suas pretensões de olimpo jurídico, abriu importantes horizontes em direção à percepção da verdade. Aos seus opositores coube reformular o conceito sistemático, que em sua nova roupagem reconheceu o valor da tópica, e não a repugnou displicentemente. De KANT a HEGEL, de KELSEN a VIEHWEG, de STAMMLER a COSSIO, vimos pensamentos que contundente ou suavemente procuraram definir os objetos e métodos que mais se prestassem às satisfações sociais. E o labor tem o seu prosseguimento nas mãos de LARENZ, CANARIS, BYDLISNKI e tantos outros que ainda estão por vir.

Graças ao brilhantismo destes autores, aplicadores e cientistas do Direito possuem instrumentos adequados, como os princípios e os *topoi*, que mais do que identificados como necessários, foram aquinhoados com seus espaços e parcelas de pertinência, pois não se pode pretender que a exclusividade de um ou outro atenua a complexidade das teorias jurídicas.

Devendo ser o Direito encarado não apenas como um ordenamento, mas sim como um sistema jurídico, conferimos aos princípios a função de baldrame indispensável da normatização social. Mas apesar dos princípios possuírem um papel vital para a construção e unidade do sistema, encontramos espaços destinados aos *topoi*, sempre que a construção sistemática-dedutiva não seja suficiente à resolução do problema ou caso concreto específico.

Destarte, o que se nota dentro da Ciência do Direito é a coalizão do pensamento sistemático e do pensamento tópico, da interação dos princípios e dos *topoi*, uns unificando e solidificando o ordenamento jurídico, outros fornecendo sinalizações de retorno aos rumos, colimando a produção ou aprovação de um Direito que atue em conformidade com o Bem Comum.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993.
- ARISTÓTELES. *Poética. Organon. Política. Constituição de Antenas*. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Turim: G. Giappichelli, 1950.
- _____. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizione di Comunità, 1984.
- BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito - Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *A Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *As lacunas do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.
- FALZEA, Angelo. *Teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1999.
- FERRAZ, Esther de Figueiredo. A orientação filosófica de João Mendes Junior. In: REALE, Miguel. *Coleção Direito e Cultura: Ensaios de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1952.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- _____. *Introdução ao estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo Malheiros, 2000.

- HABERMAS, Jürgen. **La Ética del discurso y la cuestión de la verdad**. Barcelona: Paidós, 2003.
- HARTMANN, Nicolai. **Ontologia I**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1986.
_____. **Ontologia II**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- ITALIA, Vittorio. **Principi generali e principi determinati dalla legge**. Milano: Giuffrè, 2000.
- JAEGER, Werner. **Paideia: los ideales de la cultura griega**. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
_____. **Lógica**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del Derecho**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 1998.
_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba: Juruá, 2001.
- LUHMANN, Nicklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: Paidós, 1997.
- MACHADO NETO, A. L. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.
- MAYER, Max Ernst. **Filosofía del Derecho**. Barcelona: Labor, 1937.
- MENDONÇA, Jacy de Souza. **O curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara**. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1999.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado general de Filosofía del Derecho**. 15. ed. México: Porrúa, 2001.

- RUSSO, Eduardo Angel. ***Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad***. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. ***Metodología Jurídica***. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- VIEHWEG, Theodor. ***Tópica e Jurisprudência***. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ed. Imprensa Nacional, 1979.
- _____. ***Tópica y Filosofía del Derecho***. Barcelona: Gedisa, 1997.
- VON KIRCHMANN, Julius Hermann; WOLF, Erik. ***Il valore scientifico della giurisprudenza***. Milão: Giuffrè, 1964.
- WARAT, Luis Alberto. ***Mitos e teorias na interpretação das leis***. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- WELZEL, Hans. ***La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf***. Turim: Giappichelli, 1993.
- WOLF, Erik. ***El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho***. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.