

A TÓPICA COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CASOS JURÍDICOS

THE TOPICS AS A MEANS OF SOLUTION OF LEGAL CASES

Thiago Anton Alban¹

RESUMO: Este trabalho visa defender a ideia de que o método tópico de interpretação, ou tópica, é um meio apto para solucionar casos jurídicos. A partir de uma crítica ao paradigma sujeito-objeto erigido na modernidade, que distancia ser e dever-ser, a proposta da tópica de que a interpretação deve partir da análise do caso concreto, e não de fórmulas abstratas, parece fornecer uma resposta mais adequada a questões jurídicas, tendo em vista que a norma é construída intersubjetivamente dentro de um discurso, no qual os participantes utilizam da retórica para atingir um consenso (verdade consensual). Tendo em vista que a prática argumentativa está voltada a situações específicas, cada qual com a sua particularidade, contexto e auditório, a valorização do caso concreto em detrimento da solução de problemas aprioristicamente formulados é imprescindível para que se concilie Direito e argumentação, pois os pontos de vista (*topoi*) variam de acordo com cada caso (e, com eles, a solução adequada a cada problema). Destarte, acredita-se que a tópica pode ser utilizada como meio adequado à solução de questões jurídicas, eis que as deliberações ocorridas no processo nada mais são do que o conflito entre pontos de vista diversos, em prol de uma solução dialogicamente formulada.

Palavras-chave: Tópica; argumentação; direito; racionalismo; modernidade.

ABSTRACT: This work aims to defend the idea that the topical method of interpretation, or topics, is an able way to solve legal cases. From a critique of the subject-object paradigm erected in modernity, which distances being and ought-to-be, the proposal of the topics that the interpretation must start from the analysis of the concrete case, and not from abstract formulas, seems to provide a more adequate answer to legal issues, given that the norm is constructed intersubjectively within a discourse, in which participants use rhetoric to reach a consensus (consensual truth). Bearing in mind that the argumentative practice is focused on specific situations, each one with its particularity, context and audience, the valorization of the concrete case in detriment of the solution of *a priori* formulated problems is essential for reconciling Law and argumentation, since the points of view (*topoi*) vary according to each case (and, with them, the appropriate solution for each problem). Thus, it is believed that the topics can be used as an adequate means to solve legal issues, because the deliberations that take place in the process are nothing more than the conflict between different points of view, in favor of a dialogically formulated solution.

Keywords: Topics; argumentation; Law; rationalism; modernity.

1 INTRODUÇÃO

O método tópico de interpretação consiste, em uma breve síntese, na valorização do caso concreto para que a solução mais adequada possa ser atingida. Para esse método, os textos normativos, muito embora tenham importância no processo de construção da norma pelo intérprete, são apenas pontos de vista (*topoi*) que irão nortear o aplicador, para que ele conclua de uma forma ou de outra.

¹ Mestre em Direito Público. Especialista em Direito do Estado e em Direito Tributário. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador - UNIFACS. Bacharel em Comunicação Social – Jornalismo pela UFBA. Professor da Universidade Salvador – UNIFACS. Procurador do Estado da Bahia.

Para a tópica, o caso concreto é um elemento imprescindível para a compreensão e para a interpretação da norma jurídica, pois ele é o ponto de partida para que o intérprete possa chegar a uma conclusão adequada. Os textos, assim, deixam de ser o foco principal para a construção da norma, os quais, subsuntivamente, seriam aplicados aos fatos da vida para solucioná-los, e adquirem uma importância de suporte, argumentativa.

Com base nessa assertiva, a presente obra tentará demonstrar que a tópica pode ser utilizada, atualmente, como método de interpretação aplicável à solução de casos concretos, de maneira a fundamentar a ruptura com o paradigma moderno que elege a pura subsunção como método mais adequado.

Inicialmente, será feita uma breve introdução sobre o processo de cientificização do saber que resultou no apogeu do paradigma moderno, que tolhe a manifestação do caso concreto e procura solucionar os problemas jurídicos de metafisicamente, por meio da subsunção entre fatos da vida (premissa menor) e texto (premissa maior).

Em um segundo momento, será feita uma apresentação sobre a tópica como meio de interpretação e de argumentação, ao passo que se procurará sugerir que este método pode ser utilizado em detrimento da subsunção pura e simples, tendo em vista que, com a virada ontológica e o desvelamento do ser hermenêutico, o caso concreto adquire importância crucial para o Direito, que deve sempre levá-lo em consideração, em seus mínimos detalhes, para que uma solução adequada seja tomada.

Para tanto, será feita uma abordagem do Direito como prática argumentativa, de forma a defender a ideia de que a prática jurídica é dialógica, ou seja, ocorre por meio da atuação de seres humanos que se utilizam da retórica para expressar os seus pontos de vista e tentar convencer o seu interlocutor, em um “jogo” linguístico que se utiliza dos argumentos como pontos de partida (*topoi*) para que se chegue a um consenso discursivo e, com isso, construa-se uma decisão.

2 A VISÃO RACIONALISTA DO DIREITO

No meio científico, não é estranha a noção de que toda ciência deve explorar um objeto mediante a utilização de um método. Émile Durkheim (2002), ao notar que a ainda imatura Sociologia erigida por Auguste Comte carecia de um procedimento metodológico bem

delineado para que pudesse galgar uma base científica, acabou por desenvolvê-la e “elevá-la²” ao status de ciência. Sigmund Freud, por sua vez, afirmou que sua maior busca era a de conferir metodocidade e cientificidade à psicanálise, nos moldes das ciências naturais, como pode ser depreendido da análise de sua obra realizada por Ernildo Stein (2004, p. 35):

Construí a psicanálise, construí o aparelho psíquico, explico os processos pela transferência, pelo recalçamento e pelos conceitos básicos da psicanálise. Faço – como dizia – uma metapsicologia. Mas minha esperança é – ele o disse ainda um pouco antes de morrer – que um dia tudo isso seja dispensável e que eu possa dar uma explicação físico-química de tudo isso’. Freud queria biologizar a totalidade de suas descobertas.

A visão do Direito como uma ciência construída na base do racionalismo acabou por contribuir para a consolidação de sua visão como um grande livro de receitas pré-fabricadas (*prêt-à-porter*), do qual são retiradas as soluções, modelos ou passos que devem ser seguidos para possibilitar que o intérprete enfrente cada caso a ele apresentado.

Para melhor orientar a abordagem, será utilizada a ideia de Luis Alberto Warat (1994) de que há, na doutrina e na jurisprudência, um “sentido comum teórico” que acaba por nortear a conduta dos “operadores” ao fazer com que estes aceitem a dogmática jurídica como um complexo de saberes acumulados, que, ou deve ser necessariamente seguido, de forma a fundamentar adequadamente a decisão a ser tomada pelo intérprete, ou acaba por construir o entendimento daqueles em prol de um determinado caminho já percorrido.

Com base nessa ideia, seria possível observar que os intérpretes parecem não se dar conta de que, em cada interpretação, em cada lei promulgada ou em cada sentença, súmula ou acórdão proferidos, já há uma significação, uma valoração, uma carga de sentido atribuída, que longe de dever ser encarada como “a verdadeira”, a “mais correta” ou a “mais segura” (ou, ainda, a única correta, segundo Dworkin), deve ser vista como produto de uma alienação que ocorre já no *habitus dogmaticus*, no senso comum teórico.

O sentido comum teórico, dessa forma, acaba por impedir que o “operador” do Direito “ouse demais” ao tentar proferir uma decisão autônoma e diferente do que prega a maioria, principalmente devido à violência simbólica, força e *status* que esta possui enquanto intelectual e detentora da tradição e enunciação legítima da palavra, em uma alusão ao capital simbólico de Pierre Bourdieu (1989)³.

² Esta expressão foi redigida entre aspas devido ao fato de que, conforme será exposto mais adiante, o *status* de ciência não deve ser pensado como um patamar superior em relação a correntes de investigação, por exemplo, ou a outras formas de produção de conhecimento.

³ É importante frisar que não se nega a importância da construção doutrinária e jurisprudencial na interpretação do Direito. O que deve ser lembrado é que essas contribuições trazem consigo uma conclusão e uma carga axiológica prontas e jamais podem ser encaradas como fórmulas universais e pré-definidas, sob pena de que, ao agir assim, o “operador” se insira em um estado de conformismo dogmático.

A visão do Direito como uma ciência racional parece decorrer, conforme assevera Lenio Streck (2005), de um entendimento fundamentado no paradigma normativo-dogmático, oriundo, sobretudo, da filosofia da consciência, do paradigma aristotélico-tomista e do modelo dedutivo-subsuntivo, devido ao fato de que a grande maioria dos intérpretes ainda parece estar reféns de um pensamento objetivista advindo da hermenêutica clássica, que, em breve síntese, busca afirmar que a norma possuiria um sentido único em si mesma, restando a seu aplicador apenas a tarefa de retirar dela o sentido que lhe foi atribuído por seu criador para aplicá-la ao caso concreto, de resgatar do texto um sentido oculto que nele já reside (“fazer falar o texto”) (LARENZ, 1997, p. 441-442), como se o signo fosse monossêmico - possuísse apenas um único sentido possível.

Esse entendimento do Direito como uma ciência calcada em um método objetivo coaduna-se com a visão de um ordenamento jurídico baseado em um esquema sujeito-objeto, de acordo com a tese idealista de que a norma habitaria um mundo à parte, ideal, afastado, longínquo, atemporal, metafísico, do qual deve ser resgatada, ou melhor, subsumida ao caso concreto, este oriundo de um mundo dito fático, material, real. Tal esquema objetificante (sujeito-objeto), por sua vez, parece decorrer de um fator que influenciou fortemente a construção e maturação de diversas ciências: o racionalismo, conforme será exposto a seguir.

2.1 Do Racionalismo e da Modernidade

Com o desenvolvimento das ciências naturais e de sua abordagem lógico-dedutiva do objeto de estudo, ocorre, no século XVII, a maturação da ideia de que o pensamento e a busca pelo conhecimento se dariam por intermédio da razão, que possibilitaria a compreensão do mundo pelo ser humano mediante um processo de abstração pautado em uma abordagem também lógico-dedutiva. Surge, em breve síntese, o racionalismo, que teve em René Descartes um de seus principais representantes.

Com base no advento da razão como novo condutor epistemológico da produção do conhecimento, também nasce, em aliança com o racionalismo, a era moderna (Modernidade), que irá propor como seu principal projeto e objetivo a reestruturação do saber humano, que antes decorria sobretudo do chamado “poder mágico”, ou seja, de uma visão teológica do mundo.

Mediante a assertiva de que o saber é fundado na razão humana, a Modernidade irá construir um projeto sociocultural com o qual pretenderá encontrar a melhor maneira pela qual os seres humanos seriam capazes de se relacionar pacificamente entre si, mediante a presença

de um Estado forte, centralizado e capaz de conferir eficácia normativa às leis, em oposição à Idade Média, época marcada pela existência de inúmeros feudos que competiam entre si, diante da ausência da figura de um soberano forte capaz de os unificar de maneira efetiva.

O Direito adquire uma importância fundamental na concretização do projeto moderno, tendo em vista que as conclusões advindas do uso da razão passam a adotar cada vez mais a forma de legislação positiva, à qual os habitantes do Estado deviam respeito e obediência para conviver em harmonia com seus semelhantes.

Assim, o Direito se torna o mecanismo principal de controle coletivo da Modernidade, mediante o qual será construída uma sociedade que possa se manter pacificamente e resolver seus próprios conflitos pela aplicação da lei pelo Estado, de maneira a minimizar os conflitos e maximizar a ordem e o progresso⁴ sociais.

É necessário, entretanto, tecer algumas considerações sobre a sedimentação do pensamento racional, sobretudo mediante a análise de seu método universal de abordagem do objeto calcado na regra da uniausalidade, a fim de que seja aberto o espaço para a crítica a ser feita no capítulo seguinte.

2.2 Da cientificização do saber

Como foi anteriormente exposto, o método racional de produção de conhecimento se baseia em uma visão objetificante do mundo. Para o racionalismo, o conhecimento deve ser atingido por meio do uso da razão, a única responsável por iluminar o caminho do pensador para que ele possa analisar o objeto não mais de acordo com um pensamento calcado no divino, mas conforme parâmetros ditos inerentes ao ser humano: a capacidade de raciocinar⁵. Essa visão de que o homem utilizaria a razão para alcançar a iluminação foi erigido seguindo a tendência de cientificização do conhecimento do século XVII, que surge na seara das ciências naturais e termina por se expandir e de certa forma dominar as outras formas de conhecimento, dentre elas as ciências humanas e sociais. Em outras palavras, a onda de monopolização do conhecimento pelo método científico oriundo das ciências naturais acabou por abarcar, também, a área na qual hoje habitam as ciências do espírito, que se viram influenciadas e de certa forma induzidas a adotar o paradigma científico racional para ser “levadas a sério” e

⁴ Note-se que a expressão “Ordem e Progresso”, presente na bandeira brasileira, advém desse pensamento moderno.

⁵ Como já havia dito Aristóteles que o homem é animal racional, detentor do *logos*; ou, com Tugendhat, que o ser humano é racional porque é capaz de fazer uso correto de “enunciados assertóricos predicativos”, ou seja, porque é capaz de formular frases que podem possuir a propriedade de verdade e falsidade (STEIN, 2004, p. 17).

assumir o status de ciência, o que acabou por afastá-las dos procedimentos taxados de não científicos e não metódicos que eram utilizados até então.

Baseado na constatação de que as ciências do espírito acabaram por incorporar o modelo das ciências naturais, Wilhelm Dilthey (2010) tecerá uma crítica ao processo de cientificização do saber, ao passo que buscará um método e abordagem próprios que possam ser aplicados àquelas (as ciências do espírito).

Nessa senda, aduz Chaïm Perelman (2000, p. 136) o seguinte:

A concepção positivista tinha como consequência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de uso prático da razão. Opunha-se, por isso, à tradição aristotélica, que admitia uma razão prática, que se aplica a todos os domínios da ação, desde a ética até a política, e justifica a filosofia como busca da sabedoria.

Note-se, também, o ensinamento de Paulo Bonavides (2004, p. 489) ao tratar do método tópico de interpretação:

Com Vico, na idade moderna, a tópica se viu preservada e defendida contra a onda de cartesianismo e a manifesta preferência dada aos métodos matemáticos ou científico-naturais, tão em voga no século XVII e durante a primeira metade do século XVIII.

Como pode ser observado, essa visão moderna, calcada em um método racional que visa abordar a produção do saber de maneira universal e abstrata, decorre de uma abordagem utilizada pelas ciências naturais, que são regidas pelas leis da física. Na seara das ciências do espírito, hoje conhecidas como ciências humanas e sociais, a produção do saber deve ser abordada de outra forma, tendo em vista que o ser humano é mutável e inconstante, o que requer um saber não universal, mas maleável, retórico.

De acordo com Hilton Japiassu e Danilo Marcondes (2006, p. 200):

discute-se contemporaneamente a pretensa neutralidade do conhecimento científico. A ciência seria neutra na medida em que é factual, descritiva, isto é, preocupa-se com a descrição e a explicação dos fenômenos, sem emitir juízos de valor, sem fazer prescrições. Porém, deve-se reconhecer que o conhecimento científico, situado em um contexto histórico-social, corresponde a interesses, valores, preconceitos, dos próprios indivíduos e grupos que produzem esse conhecimento e da sociedade que os aplica e utiliza. A ciência não estaria assim imune a elementos ideológicos, não poderia ser neutra.

Hans-Georg Gadamer (2005 e 2004) tece em sua obra Verdade e Método uma crítica à chamada obsessão metodológica das ciências, que acabaram por abandonar sua tradição humanística e de formação cultural do conhecimento na qual ainda podiam se reconhecer para se enquadrar no pensamento metódico e objetificante do cientificismo.

Gadamer invoca como exemplo uma obra de Immanuel Kant, Crítica do Juízo, e afirma que nesta pode ser observada uma subjetivação e estetização do gosto, desconstituindo-o de um valor de conhecimento. Dessa forma, afirma o autor que aquilo que não atinge os parâmetros

objetivos e metódicos das ciências naturais é visto como mero “subjetivo” ou “estético”, a exemplo do juízo, e, conseqüentemente, desprovido de conhecimento científico, visto que este era uma exclusividade, um privilégio daqueles que optassem por se adequar à “ditadura” da ciência e do conhecimento metodológico racional. Nas palavras de Jean Grondin (1999, p. 181-183):

Gadamer argumenta aí contra a idéia, defendida pelo historicismo e pelo positivismo, de que as ciências do espírito deveriam elaborar os seus próprios métodos, para poderem gozar do status de ciências. Pois esta esperança era o gancho, em torno do qual giravam todos os esforços metodológicos de Dilthey, de Droysen e do neokantianismo. Gadamer questiona fundamentalmente esse ponto de partida e interroga, se a busca de métodos, os quais de forma exclusiva garantissem a validade universal, estaria realmente em seu lugar nas ciências do espírito [...] As ciências naturais caracterizam-se pelos métodos da indução lógica, que destaca regras e leis a partir do material recolhido. As ciências do espírito procedem de outra forma [...] Assim diz o início da obra [Verdade e Método]: ‘Não existe um método próprio das ciências do espírito. Mas, bem se pode perguntar, com Helmholtz, quanto significa a palavra método neste caso, e se as outras condições, sob as quais se encontram as ciências do espírito, não são talvez muito mais importantes para seu modo de trabalhar do que a lógica indutiva [...]’. **Gadamer concorda com Helmholtz na idéia de que as ciências do espírito têm, basicamente, muito mais a ver com o emprego de um tato, do que com a adoção de quaisquer métodos [...]** Parece muito mais apropriado a Gadamer – o qual neste ponto segue a Helmholtz – reconduzir a peculiaridade das ciências do espírito a algo semelhante ao tato ou a um não metodizável ‘je ne sais quoi’ [...] Neste espírito, ‘Verdade e Método’ efetuará uma crítica fundamental à **obsessão metodológica**, revelada na preocupação pela cientificidade das ciências do espírito (grifos e colchetes nossos).

Mais adiante em sua obra, o autor conclui sua ideia, invocando o pensamento de Martin Heidegger e a noção de finitude do conhecimento humano (GRONDIN, 1999, p. 186-187):

Segundo Gadamer, foi uma ilusão do historicismo querer afastar nossos preconceitos através de métodos seguros, para possibilitar algo como objetividade nas ciências do espírito. Esta posição combativa, oriunda do Esclarecimento, foi ela própria um preconceito do metodológico século 19, que acreditava só poder obter objetividade pela via da desarticulação da subjetividade, que compreende situadamente. **O historicismo também é superado por uma auto-aplicação: foi ele que ensinou, que cada doutrina deve ser entendida com base em sua época. Essa concepção pode ser aplicada ao próprio historicismo. Assim se comprova que o historicismo foi também um filho de seu tempo, ou seja, do cientificismo.** Logo depois que for desmascarada a dependência metafísica do ideal científico do conhecimento com a ajuda de Heidegger, pode-se conquistar uma compreensão mais adequada das ciências do espírito, a qual vai dar lugar à **pré-estrutura ontológica da compreensão**, na determinação da objetividade das ciências do espírito (grifos nossos).

A ideia de que o método racional seria o divisor entre saber válido e inválido, entre ciência e não-ciência, não é aceita pelos adeptos de que as ciências do espírito, regidas pelo intelecto humano, não podem compartilhar da mesma abordagem epistemológica que as ciências naturais.

Como a Modernidade projeta o seu atuar com base em uma abordagem racional e metafísica da sociedade e dos fenômenos que nela se apresentam, o Direito, como principal instrumento de concretização e unificação social, acabou por se erigir com base nos mesmos

ideais racionais e no mesmo paradigma moderno que objetifica o problema, para que este seja resolvido de maneira objetiva e rápida, com base em um método de abordagem que servirá para todo e qualquer tipo de conflito que surja no seio social, como se os seres humanos e os fenômenos sociais fossem todos uniformes e imutáveis, a exemplo da lei da gravidade e das fórmulas matemáticas.

Na medida em que o Direito lida com conflitos interindividuais e sociais, todavia, que são imprevisíveis de antemão, a noção de que todo saber deve seguir o modelo racional de produção do conhecimento (universal, geral, neutro, causal, objetivo) acaba por não se prestar ao saber jurídico, tendo em vista o seu alto teor retórico.

Em parâmetros semelhantes ao quanto aqui defendido, Ernildo Stein (2004, p. 35-36), desenvolve o seguinte entendimento:

Aliás, há uma tendência das ciências humanas em geral de naturalizar tudo, porque então ficamos livres da imprecisão das ciências humanas. Basta que as naturalizemos. Esta é uma tendência contemporânea na medida em que temos mais instrumentos de investigação, medição, quantificação. Com isso podemos fazer um discurso sobre as ciências humanas em que o sujeito e o objeto se separam inteiramente. **Por aí ganhamos em exatidão. Talvez seja o nosso destino fazermos isso. Mas assim perdemos em atualidade e em respostas urgentes às questões humanas,** porque, por exemplo, a sociologia não quer saber um dia como, do ponto de vista da história natural, o homem chegou a viver em comunidade. Não. A sociologia precisa dar conta dos fatos sociais que ocorrem e não apenas dar explicações e nesse momento todas as ciências sociais estão condenadas a ser hermenêuticas. As ciências humanas não podem esperar até o discurso do universo das ciências humanas se converter em discurso natural, pois, isso além de tudo nunca passará de uma hipótese. Hipótese de que algum dia vamos chegar ao começo enquanto as ciências humanas precisam dar conta dos fatos históricos, dos fatos sociais, psicológicos, enquanto ocorrem hoje [...] Nesse momento, já se passou por cima do postulado da naturalização. Nesse momento, aparece um outro fundamento para justificar a urgência das ciências humanas. Elas trabalham com métodos fundados na hermenêutica, métodos talvez menos afiados, se se pode dizer assim, ou métodos de menos eficácia aparente do que os métodos científicos naturais. A evolução das ciências humanas! É aí que está seu papel importante e por que as ciências humanas se movem num espaço de discurso que não é o discurso apenas lógico-semântico (grifos nossos).

É possível observar que a onda de cientificização da produção do conhecimento, influenciada, sobretudo, pelo racionalismo, acabou por conferir ao Direito o status de ciência. Contudo, esse status alcançado, muito embora tenha conferido ao Direito um método bem delineado - o método subsuntivo – para a solução dos chamados “casos fáceis”, e, mais recentemente, a técnica (metodizada pela doutrina) da ponderação de valores para a solução dos chamados “casos difíceis”, acabou por retirar do foco do conhecimento jurídico uma constatação que lhe é intrínseca e essencial: a de que o Direito está inserido em um mundo composto por signos e atribuições valorativas - o mundo da linguagem -, no qual a hermenêutica e a argumentação jurídica desempenham uma função imprescindível em sua abordagem e

análise da estrutura e movimento da compreensão e interpretação humana, dentre as quais a interpretação do ordenamento jurídico.

Com o desenvolvimento da hermenêutica filosófica e das teorias argumentativas, além da constatação de que a produção do conhecimento se pautava e era influenciada pelo cientificismo e pelo racionalismo, que tinham como base a formulação de paradigmas e métodos calcados em um esquema sujeito-objeto, ou seja, em um esquema que distancia o pensador, o intérprete, do objeto a ser analisado e compreendido, como se aquele estivesse em um mundo idealizado e extrínseco ao sujeito, nasce a noção da chamada virada ontológica, também conhecida como giro linguístico, que irá desenvolver a tese de que a produção do conhecimento, nas ciências do espírito, não mais deve ser encarado sob a luz do paradigma moderno e racional (sujeito-objeto), e sim pela constatação de que o objeto a ser compreendido não se encontra em um local à parte, metafísico; a compreensão advém da linguagem, que é sua condição de possibilidade.

Rejeita-se a ideia, com a virada ontológica, de que a compreensão se daria de acordo com um processo de “resgate” do sentido do objeto a ser analisado, como um texto ou um dispositivo, por exemplo, habitante de um mundo ideal e longínquo no qual deva ser visitado e do qual deva ter seu sentido retirado por intermédio da razão, com o intuito de defender a ideia de que a compreensão se dá, na linguagem, pelo próprio intérprete, em uma estrutura de compreensão e interpretação dialógica que ocorre em movimento circular, que acabou por ser batizada de círculo hermenêutico. No intelecto de Martin Heidegger (2005, p. 209):

Se, porém, a interpretação já sempre se movimenta no já compreendido e dele se deve alimentar, como poderá produzir resultados científicos sem se mover num círculo, sobretudo se a compreensão pressuposta se articula no conhecimento comum de homem e mundo?

Ante a constatação de que o processo compreensivo ocorre antecipadamente na linguagem e pelo próprio intérprete, e não em um momento posterior, surge a ideia de que as ciências do espírito devem ser analisadas não mais sob o prisma de um esquema sujeito-objeto, mas de um esquema sujeito-sujeito.

A abordagem do Direito como prática argumentativa que ocorre na linguagem torna-se crucial para que este novo paradigma ganhe força, uma vez que a argumentação jurídica visa exatamente valorizar o sujeito (interlocutor) no processo de produção da norma jurídica, resultante de um consenso democrático (HABERMAS, 2002) havido no discurso entre interlocutores que, retoricamente, lançam mão de argumentos com vista a convencer um auditório do seu ponto de vista.

Com base nessas considerações, a abordagem do Direito como uma prática argumentativa irá de encontro à tentativa de objetificação do saber trazida pela Modernidade, sob o argumento de que o método racional matemático, calcado em juízos apodícticos, não se presta às ciências do espírito, que seriam mais condizentes com juízos de verossimilhança.

É nesse contexto que a tópica pode ser invocada como um método de solução de conflitos aplicável nos dias de hoje, uma vez que, por se tratar de um método dialógico, condiz com o esquema sujeito-sujeito mencionado anteriormente, em prol de uma abordagem do Direito não mais como uma ciência metafísica, mas como um saber inserido na linguagem.

3. A TÓPICA COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CASOS JURÍDICOS

Dentre os diversos “métodos de interpretação”⁶ que podem ser encontrados nos manuais, existe o método tópico, ou, simplesmente, tópica, de autoria intelectual atribuída a Theodor Viehweg, que se baseou no pensamento tópico aristotélico (e ciceroniano) para aplicá-lo à seara jurídica (SOARES, 2010, p. 70-71).

A ideia principal da tópica é a de que a interpretação deve ser realizada a partir da consideração de cada caso, e não a partir da previsão abstrata contida no ordenamento jurídico, como faz a subsunção. Na tópica, o ordenamento jurídico possui um caráter auxiliar para a interpretação; o elemento mais importante é o caso a ser discutido, com todas as suas peculiaridades e nuances.

Na lição de Paulo Bonavides (2004, p. 495):

Com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa. Todos os métodos clássicos são igualmente rebaixados à condição de pontos de vista ou *topoi*, a saber, instrumentos auxiliares que o intérprete em presença do problema poderá empregar ou deixar de fazê-lo, conforme a valia ocasional eventualmente oferecida para lograr a solução precisa.

Paulo Mendonça (2003, p. 375), por sua vez, afirma que:

Obviamente, a lei é um ponto de partida importante no processo de aplicação do direito, mas este é muito mais amplo do que um procedimento silogístico de adequação entre o fato e a norma abstrata. Em verdade, as decisões dos tribunais dão sentido histórico aos conceitos jurídicos, contidos no direito positivado, o que torna indispensável o conhecimento da jurisprudência, para que se tenha precisão quanto ao conteúdo normativo do ordenamento jurídico

Já nas palavras do próprio Theodor Viehweg (1979, p. 34):

⁶ No prefácio de *Tópica e Jurisprudência* (VIEHWEG, 1979), defende Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1979, p. 3) que a tópica não é um método, mas um estilo, um modo de pensar.

[...] pode chamar-se problema – esta definição aqui basta – toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução. Isto se desenvolve abreviadamente do seguinte modo: o problema, através de uma reformulação adequada, é trazido para dentro de um conjunto de deduções, previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta.

O processo de interpretação deve levar em conta a criação do maior número possível de enunciados para solucionar o caso, a fim de eleger aquele que melhor cumpre essa missão. O que interessa, para a tópica, não é o fundamento utilizado, mas a solução do conflito, o que a torna um método não-normativista de interpretação.

Para Thomas Bustamante (2004, p. 154-155):

A tópica de Viehweg surge num momento em que a metodologia jurídica tradicional (que, como já dissemos, concebia o raciocínio jurídico como verificação da uma verdade normativa pré-existente, apoiando-se na epistemologia clássica) começa a entrar em crise. O período do pós-guerra é marcado por um sentimento de insatisfação com todas as teses jurídicas que reduziam o papel do jurista prático à “aplicação” de um direito inteiramente moldado pelo legislador. Como salienta Hannah Arendt, o homem moderno, com seu rigoroso cientificismo, fechou-se para dentro de si, tornando-se incapaz de processar raciocínios com base no *sensu comum*. Para Hannah Arendt (2000, p. 293-302), tal fenômeno tem a ver com o advento do método cartesiano, cuja consequência imediata é que o homem “vê-se diante de nada e ninguém a não ser de si mesmo”: “a razão em Descartes, não menos do que em Hobbes, limita-se a ‘prever as consequências’, isto é, à faculdade de deduzir e concluir a partir de um processo que o homem pode, a qualquer momento, desencadear dentro de si mesmo”. O jurista da época de *Tópica e jurisprudência* começa a desconfiar da afirmação de que as normas gerais elaboradas pelo legislador são sempre racionais e podem oferecer resposta a quaisquer problemas jurídicos. Verifica-se, em especial, um desprestígio da lógica formal no pensamento jurídico, marcado pela rejeição de um sistema axiomático-dogmático [...]. A crítica de Viehweg ao positivismo segue porém um outro caminho. Juntamente com Perelman, ele critica a incapacidade do positivismo para lidar com questões controvertidas, para as quais é simplesmente impossível uma perfeita demonstração mediante critérios rígidos e infalíveis. Há, muito freqüentemente, casos em que é inimaginável uma certeza conclusiva a respeito de problemas jurídicos, e nem por isso pode o operador do direito deixar de decidir ou partir para uma decisão completamente irracional.

Em aliança com as retóricas de Aristóteles e de Chaïm Perelman, a tópica de Theodor Viehweg insere a visão do Direito dentro da linguagem, em um processo argumentativo e dialógico que ocorre em determinada situação comunicativa, tendo em vista que o Direito está muito mais voltado para uma abordagem dialética de seu objeto, como já previu Sócrates e sua maiêutica, do que para uma abordagem lógico-dedutiva, como pregam o racionalismo e o positivismo jurídico. Nas palavras de Chaïm Perelman (2000, p. 136), “a concepção positivista tinha como consequência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de um uso prático da razão”.

De acordo com Karl Larenz (1997, p. 211-212):

A idéia que se tornou familiar aos juristas, antes do mais devido a Viehweg, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica. Aí trata-se tanto da estrutura lógica possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática.

Observe-se, portanto, que a tópica se aproxima de uma crítica ao modelo racional, tendo em vista que prega a interpretação a partir do problema que ocorre na sociedade, e não no sentido inverso: a partir do ordenamento jurídico.

Nessa senda, a tópica possui uma proposta diferente, pois, por meio dela, nega-se a existência de juízos apodícticos, universais, mas apenas de juízos de verossimilhança, que podem ser modificados a qualquer tempo, uma vez que são apenas probabilidades aplicáveis a um determinado momento, a depender do desenrolar do discurso e da obtenção de novas informações.

Na lição de Olivier Reboul (2004, p. 28):

O silogismo demonstrativo parte de premissas evidentes, necessárias, que provam sua conclusão explicando-a de modo indubitável. O silogismo dialético parte de premissas simplesmente prováveis, os *endoxa*, aquilo que parece verdadeiro a todo o mundo, ou à maioria das pessoas, ou ainda aos indivíduos competentes. O *endoxon* opõe-se, pois, ao *paradoxon* (o paradoxo pode ser verdadeiro, mas contradiz a opinião aceita). São assim, hoje em dia, os conceitos de "normal" ou de "maturidade": não possuem nenhum rigor científico, mas são úteis para que as pessoas se entendam, tanto nas ciências humanas quanto na vida social; seriam bons exemplos de *endoxa*. Portanto, a dialética renuncia à verdade das coisas em benefício da opinião aceita. Substitui a pergunta científica: "o que é?" por esta outra: "o que lhe parece?".

Margarida Camargo (2003, p. 21-22), por sua vez, aduz que:

Nossa hipótese é a de que o processo de compreensão se concretiza por meio da argumentação, que, tecnicamente viabiliza a interpretação. De outro lado, verifica-se que a compreensão, como movimento oposto ao da explicação racional-demonstrativa, insere-se no campo das possibilidades. É possível aquilo que é verossímil, ou seja, aquilo que aparenta verdade sem, no entanto, pretender sê-la [...] Desta forma, podemos dizer que o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico da compreensão e a técnica argumentativa.

Por fim, confira-se o posicionamento de Víctor Gabriel Rodríguez (2005, p. 21):

Quem argumenta não trabalha com a exatidão numérica, por isso se afasta do conceito binário de *verdadeiro/falso, sim/não*. Quem argumenta trabalha com o *aparentemente verdadeiro*, com o *talvez seja assim*, com aquilo que é *provável*. É diante dessa carga de probabilidade com a qual se opera que surge a possibilidade de argumentos combinados comporem teses totalmente diversas, sem que se possa dizer que uma delas esteja *certa* ou *errada*, mas apenas podendo-se afirmar que uma delas seja mais ou menos *convicente*.

A norma jurídica é construída dentro de um discurso⁷, no qual os participantes se utilizam da retórica para chegar a um consenso. Para tanto, alguns autores, a exemplo de Jürgen Habermas (e sua situação ideal de fala), elegem condições ideais para que o discurso ocorra da melhor maneira possível, dentro das quais seriam observadas algumas regras que visam garantir a lisura do debate.

Uma dessas regras, apenas a título de exemplo, uma vez que não é objetivo deste trabalho analisá-las, é a possibilidade de que todos os participantes do diálogo possam se manifestar, a fim de garantir um debate aberto, pluralista, capaz de acolher todos os que dele desejem participar. Essa situação aberta do debate se aproxima daquilo que Habermas chama de esfera pública, um espaço aberto de comunicação (HABERMAS, 1984).

Olivier Reboul⁸ (2004, p. 231) manifesta um entendimento semelhante quando afirma que “criar as condições para o livre diálogo, a começar de si mesmo, essa pode ser a verdade da retórica. Depende menos das coisas que dos homens, menos dos outros que de nós”.

O autor citado explica, ainda, que a dialética é um jogo regrado:

[...] Um jogo, portanto, mas que deve ser jogado respeitando-se as regras. Sim, deve-se fazer de tudo para ganhar, mas não por quaisquer meios. Porque a trapaça, transgressão das regras lógicas, induz de chofre a destruição do jogo. E é exatamente por isso que Aristóteles tanto insiste nas regras da dialética, que a opõem à sofística, essa trapaça [...] A dialética é, pois, um jogo cujo objetivo consiste em provar ou refutar uma tese respeitando-se as regras do raciocínio (REBOUL, 2004, p. 30-32).

O importante a ser notado é que essa prática dialógica fornece o aparato necessário para que a tópica possa ser implementada na seara jurídica. Com efeito, se o Direito for encarado como um processo comunicativo, no qual a prática argumentativa possui um papel crucial para a formação da norma jurídica, mediante o consenso democrático dos participantes do discurso, a tópica e seus *topoi* assumem um papel de destaque, pois os argumentos utilizados no discurso

⁷ Sobre o assunto, confira-se a lição de Marília Muricy (2015, p. 40): “A fala discursiva é, portanto, elemento constitutivo da realidade da vida, como algo que se autoconstrói, na troca intersubjetiva. Quem, ao falar, atua, atribui motivos à sua ação e persegue, com ela, objetivos que tem por legitimados”. Mais adiante em sua obra, complementa a autora o seu raciocínio: “Neste sentido é que nos parece desveladora de novos caminhos de superação dos paradoxos da modernidade a teoria da ‘verdade consensual’. Com ela, a ética se apresenta como uma ética forjada por sujeitos responsáveis, a partir das condições reais de vida (cultural, econômica e política) em que se instalam. Não se trata, contudo – e este é o ponto em que mais vale insistir –, de retornar às antigas ‘normas de razão’, mas, sim, de constituir, no jogo linguístico da intersubjetividade, sentidos sociais que vão se formando na medida em que as pretensões de validade, de que se reveste a fala dos atores sociais, são reconhecidas por outros atores, de modo a produzir uma ‘verdade dialógica’” (MURICY, 2015, p. 88).

⁸ O autor afirma que eram comuns as competições de retórica na Grécia Antiga: “Sabe-se que os gregos eram grandes esportistas, praticantes de toda espécie de lutas e competições. Mas também se destacavam numa disputa esportiva fora dos estádios e ginásios, ou puramente verbal, a dialética. Dois adversários se enfrentam diante do público: um sustenta uma tese - por exemplo, que o prazer é o bem supremo -, e a defende custe o que custar; o outro ataca com todos os argumentos possíveis. O vencedor será aquele que, prendendo o adversário em suas contradições, conuir reduzi-lo ao silêncio, para grande alegria dos espectadores” (REBOUL, 2004, p. 27).

podem ser vistos como os pontos de partida de cada um dos interlocutores, na tentativa de a convencer o(s) outro(s) da sua opinião

Paulo Mendonça defende a possibilidade de aplicação da tópica no Direito brasileiro. Para tanto, o autor analisou diversos acórdãos proferidos por Tribunais, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, e constatou a utilização de argumentos tópicos pelos desembargadores e ministros, ou seja, cada qual se utiliza de argumentos diversos (muito embora, às vezes, semelhantes) para formular o seu voto, o que evidencia a aplicação da tópica na prática forense.

Nas palavras do autor:

A proposta básica desta obra foi a de demonstrar a pertinência dos raciocínios tópicos no direito, a partir da análise da atuação dos tribunais superiores. A atividade judicial nada mais representa do que um conjunto de práticas de natureza tópica aplicadas ao direito, pois os juízes examinam as características particulares de cada situação e atribuem soluções para a controvérsia, com base nas normas jurídicas em vigor. Para tanto, lançam mão de vários argumentos, fundados na realidade, no senso comum, em valores etc., que ao final irão funcionar como diretrizes para a resolução de casos semelhantes no futuro. Assim tem sido ao longo de toda a tradição jurídica ocidental. O lado criativo da atuação dos juristas deriva, em boa parte, da necessidade de oferecer soluções para novos problemas (MENDONÇA, 2003, p. 377).

É válido registrar que não apenas as partes do processo utilizam argumentos para tentar convencer o outro de sua tese - o juiz também desenvolve um raciocínio argumentativo para convencer as partes de sua decisão. Isso ocorre porque o magistrado, enquanto órgão institucionalizado que é, deve satisfação à sociedade que o instituiu, o que faz por meio da motivação de suas decisões (art. 93, IX, da Constituição Federal), sob pena de incorrer em uma decisão arbitrária e, portanto, ilegítima.

Também o julgador se utiliza de argumentos em prol da justificação de suas decisões perante a sociedade, de maneira que não se deve confundir a figura do juiz imparcial com a de um juiz que apenas “ouve” o que as partes têm a dizer para convencê-lo e escolhe um ou outro argumento, sem que tenha qualquer participação ativa no processo.

Pelo contrário: o juiz tem os seus próprios argumentos, dos quais se utiliza para manifestar a sua decisão. A função das partes é, portanto, não convencer o juiz de algo que ele não estava já convencido, mas, sim, tentar mudar o seu ponto de vista (e o seu projeto de compreensão) se desfavorável à sua pretensão, ou, se favorável, mantê-lo e reforçá-lo, ainda que elas ainda não saibam, de antemão, qual posicionamento é esse.

Nas palavras de Neil MacCormick (2006, p. 12-13):

Da prática de permitir que cada juiz declare publicamente seu parecer, deriva o fato de os juízes realmente se engajarem numa discussão pública entre si. Num caso difícil, cada juiz expõe aquelas que lhe parecem ser as melhores razões para uma contrária. Um forte motivo para a clara exposição desses contra-argumentos é que um juiz

discordante pode ter articulado de modo convincente as próprias razões que precisam ser atacadas para que a justificação da opinião da maioria se sustente.

Víctor Gabriel Rodríguez (2005, p. 40), por sua vez, afirma que:

Quando o juiz faz sua fundamentação, elenca elementos que devem convencer as partes de que o seu raciocínio é o mais correto, é o decorrente da lei, e de que seu *livre convencimento* não provém da arbitrariedade, mas sim de uma boa avaliação de todas as provas e de todo o ordenamento legal.

Esses argumentos, que, segundo Chaïm Perelman⁹, podem ser elencados em quatro categorias gerais (quase-lógicos, baseados na estrutura do real, fundantes da estrutura do real e dissociativos), sendo que cada uma delas possui inúmeros outros argumentos específicos, a exemplo da metáfora, do argumento de autoridade, do ridículo, do modelo, antimodelo, analogia, desperdício etc., não são senão pontos de partida (*topoi*), mediante os quais o interlocutor irá tentar convencer um auditório (o juiz, as partes, a tribuna etc.) de seu posicionamento.

Na lição de Perelman (1996, p. 22):

[...] em matéria de retórica, parece-nos preferível definir o auditório como o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação. Cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procura persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus discursos.

Ricardo Maurício Soares (2010, p. 85), por sua vez, afirma que:

Ao sublinhar o conteúdo axiológico das formações discursivas, inclusive no Direito, Perelman lança as bases para o exercício de uma racionalidade dialógica e processual. Os discursos humanos, mormente no campo jurídico, adquirem uma natureza argumentativa, sendo endereçados à persuasão de um auditório universal.

Destarte, a tópica adquire importância fundamental na aplicação do Direito, uma vez que valoriza a concretude dos casos jurídicos para solucioná-los mediante a utilização, pelo interlocutor, de argumentos verossímeis, e não mais apodícticos, pois, como visto, uma das características da tópica é rejeitar a existência de juízos apodícticos, verdades universais, o que a onda de cientificização moderna buscou realizar¹⁰.

⁹ “Analisaremos sucessivamente, enquanto esquemas de ligação, **os argumentos quase-lógicos**, que compreendemos melhor aproximando-os do pensamento formal; **os argumentos baseados na estrutura do real**, que são apresentados como conformes à própria estrutura das coisas. Observemos que a distinção entre esses dois grupos de raciocínios poderia ser aproximada da distinção husserliana entre a abstração formalizadora e a abstração generalizadora, da distinção de Piaget entre esquemas nascidos a partir das operações e esquemas nascidos a partir das coisas e da dupla tematização perceptiva de Gurwitsch. Mas todas essas distinções têm um aspecto genético que permanece alheio às nossas preocupações. Examinaremos em seguida **os argumentos que visam fundar a estrutura do real**: os argumentos que se estribam no caso particular, os argumentos de analogia que se esforçam em reestruturar certos elementos do pensamento em conformidade com esquemas aceitos em outros campos do real. E, por fim, consagraremos um capítulo inteiro às **técnicas de dissociação**, que se caracterizam mormente pelos remanejamentos que introduzem nas noções, porque visam menos utilizar a linguagem aceita do que proceder a uma nova modelagem” (PERELMAN, 1996, p. 216-217) (grifos nossos).

¹⁰ Paulo Bonavides (2004, p. 489), por exemplo, aduz que a tópica resistiu à onda de cientificização cartesiana, o que reforça ainda mais a ideia de que ela possui uma abordagem diferente, antagônica ao paradigma lógico-dedutivo fundado no racionalismo moderno: “Com Vico, na idade moderna, a tópica se viu preservada e defendida

Note-se, portanto, a importância do caso concreto¹¹ para o Direito, tendo em vista que a argumentação sempre está voltada a uma situação específica, à resolução de um determinado problema, por meio da utilização de argumentos em prol de uma ou de outra forma de solução.

É somente por meio da concretude do caso que o processo de criação normativa pode acontecer¹², eis que a conduta, o caso prático, é crucial para que a interpretação ocorra por meio da linguagem (CAMARGO, 2003, p. 16-18).

A valorização do sujeito e do caso concreto, pois, é condição *sine qua non* para que qualquer situação seja verdadeiramente solucionada, uma vez que é somente levando-se em consideração a temporalidade, a historicidade e as circunstâncias de ser e ente que o intérprete pode, antes de interpretar e solucionar qualquer coisa, reconhecer-se como ser humano finito e imbuído de pré-juízos, que são condições de possibilidade para que possa compreender o mundo e compreender-se a si mesmo como parte do mundo, fundamento que norteia a noção do *Dasein* heideggeriano.

Na lição de Víctor Gabriel Rodríguez (2005, p. 10-11):

O Direito como processo absolutamente empírico e naturalista está superado. As mais diversas áreas de seu estudo estão progredindo cada vez mais para acrescentar valores e possibilidade de argumentação em cada processo e até mesmo conceito da ciência jurídica. Os conceitos têm-se flexibilizado para poder trabalhar paradigmas humanos e acrescentar carga valorativa a seu processo de aplicação.

O paradigma moderno, por trabalhar com juízos apodícticos, sacrifica a singularidade do caso em prol de uma estandardização do saber jurídico e da universalização das soluções judiciais, em uma espécie de “adaptação darwiniana do positivismo jurídico face à crescente judicialização do direito” (STRECK, 2006, p. 143).

Para ilustrar a importância da prática retórica no Direito, Dalmo de Abreu Dallari (1997) narra um caso em que atuou como advogado. Ele foi procurado por uma mulher que conviveu com um homem por mais de 30 anos, tendo construído todo o seu patrimônio juntos – uma casa modesta - até que o marido faleceu. Eis que, de repente, surge outra mulher que tinha efetivamente casado com o falecido e convivido com ele por menos de dois anos, separando-se logo depois.

contra a onda de cartesianismo e a manifesta preferência dada aos métodos matemáticos ou científico-naturais, tão em voga no século XVII e durante a primeira metade do século XVIII”.

¹¹ Entendemos que a expressão “caso concreto” é um pleonasma, pois **todo caso é concreto**. Falar na existência de casos concretos é reforçar a clássica divisão metafísica entre direito e fato, porquanto supõe a existência de casos abstratos.

¹² Muito embora Luis Roberto Barroso (2010, p. 11) tenha afirmado que, para assegurar a racionalidade e legitimidade de sua interpretação, deve o intérprete “utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas”.

Na época, não se aceitava a figura da companheira, que era comparada à concubina, razão pela qual o julgador de 1º grau de jurisdição reconheceu o direito de propriedade do imóvel à ex-esposa, que não teve qualquer participação na construção do patrimônio, e não à companheira de mais de 30 anos. Essa era o entendimento, à época.

Por meio da obtenção de votos divergentes nos tribunais, foi possível responder de forma diferente ao caso de sua cliente. Ou seja, por meio da deliberação, da interpretação do caso em específico, com todas as suas peculiaridades, a resposta, que já estava previamente empacotada pela jurisprudência, foi outra, graças à atuação retórica dos profissionais do Direito, que lançaram mão de argumentos (os seus *topoi*) e conseguiram modificar o entendimento dos tribunais. Mudou-se a jurisprudência, mudou-se a Constituição Federal, mudou-se o Código Civil, e, hoje, a união estável é equiparável ao casamento.

Destarte, para que a norma jurídica seja construída pelos participantes do discurso, deve-se levar em conta o caso em sua concretude, em sua temporalidade, em sua historicidade¹³, o que é exatamente aquilo que a tópica procura defender, tendo em vista que toda verdade é relativa ao ser da presença, ou seja, não pode ser dissociada da historicidade ontológica. Na visão de Martin Heidegger (2005, p. 296-297):

Toda verdade é relativa ao ser da presença na medida em que seu modo de ser possui essencialmente o caráter de pre-sença. Será que essa relatividade significa que toda verdade é subjetiva? Caso se interprete “subjetivo” como o que “está no arbítrio do sujeito”, certamente não. Pois, em seu sentido mais próximo, o descobrimento retira a proposição do arbítrio “subjetivo” e leva a pré-sença descobridora para o próprio ente. E apenas porque “verdade” como descobrimento é um modo de ser da pré-sença é que ela se acha subtraída do arbítrio da presença. [...] Será que a verdade, compreendida do modo adequado, se vê lesada pelo fato de, onticamente, só ser possível no “sujeito”, e de depender do ser do sujeito? [...] Nós pressupomos verdade porque ‘nós’, sendo no modo de ser da pre-sença, somos e estamos ‘na verdade’. Nós não a pressupomos como algo ‘fora’ ou ‘sobre’ nós, frente à qual nos comportamos junto com outros ‘valores’. Não somos nós que pressupomos a ‘verdade’, mas é ela que torna ontologicamente possível que nós sejamos de modo a ‘pressupor’ alguma coisa. A verdade possibilita pressuposições.

Hans Kelsen (1979, p. 467) também concorda que não existe uma única solução correta.

Confira-se:

A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no acto do órgão aplicador do direito – no ato do tribunal, especialmente.

¹³ Para Miguel Reale (1999, p. 41), o ordenamento jurídico não é composto apenas de um conjunto normativo; ele se revela como um processo que se desenvolve na dimensão da historicidade, o que enseja a íntima relação entre fato, valor e norma que dá azo à sua Teoria Tridimensional do Direito. Para o autor, para que seja realizado o ideal de justiça concreta, é necessário que as individualidades não sejam concebidas *in abstracto*, mas que as pessoas sejam consideradas em suas concretas circunstâncias, ao que chama de Direito como concreção ou Direito como experiência.

É somente na concretude do caso, mediante a interpretação havida na linguagem, em uma prática dialógica, que a norma adquire substância, que o Direito é construído, que o intérprete, desvelando o ser, pode aplicar o comando normativo adequado a cada situação particular e realizar a tão aclamada Justiça, tendo em vista que:

as disposições os enunciados, os textos, por si só, nada dizem; somente passam a dizer algo quando convertidos em normas mediante o processo de interpretação, razão pela qual, enquanto disposições, elas nada dizem, mas somente o que os intérpretes dizem que elas dizem (RUIZ e CÁRCOVA, 1991, p. 320 *apud* GRAU, 2006, p. 81)

Não é concebível que possa haver criação normativa sem levar em consideração as peculiaridades do caso. Assim já se pronunciou Konrad Hesse (1988, p. 62), ao afirmar que “não há interpretação da Constituição independentemente de problemas concretos”, além de Friedrich Müller (2000, p. 61-62), quando escreveu que:

Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida em que ela não é “unívoca”, “evidente”, porque e à medida que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer “clara” ou mesmo “unívoca” no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente “destituída de clareza”. Isso se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se “aplica” algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas “a” norma jurídica não está pronta nem “substancialmente concluída”.

Nessa linha de raciocínio, registre-se o argumento de Lenio Streck (2006, p. 174-175):

Desse modo, como fica a assertiva mais festejada na contemporaneidade de que “o direito é uma questão de caso concreto”? Alguns doutrinadores chegam a falar em resolver casos concretos mediante o uso do “método dedutivo”. Inseridos no sentido comum teórico, os juristas, sob o pretexto de “resolver problemas concretos”, estão, na verdade, escondendo, metafisicamente, o “caso concreto” atrás de um verbete (enunciado, súmula, etc) que, além de tratar de matéria absolutamente diversa, não tem a possibilidade – por uma impossibilidade filosófica – de abarcar as diversas hipóteses de aplicação [...] Na verdade, ao construírem “pautas gerais”, “conceitos lexicográficos”, “verbetes doutrinários e jurisprudenciais”, ou súmulas aptas a “resolver” casos futuros, os juristas sacrificam a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de “pautas gerais”, fenômeno, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico. Daí a indagação de Gadamer: existirá uma realidade que permite buscar com segurança o conhecimento do universal, da lei, da regra, e que encontre aí a sua realização? Não é a própria realidade o resultado de sua interpretação?

Não é mais possível negar que o Direito está diante de uma verdadeira ruptura paradigmática com o paradigma normativo-dogmático, rumo a um paradigma calcado no esquema sujeito-sujeito que não nega a “pré-sença” nem afasta o intérprete do mundo da linguagem, que, como visto, é condição de possibilidade para que a compreensão se desenvolva. Talvez se possa falar até em um processo de revolução científica, em termo cunhado por Thomas Kuhn (2006, p. 122), por meio da qual um paradigma cede lugar a outro, que o “supera” cientificamente.

Ainda que se diga que o Direito é ciência¹⁴, é característica de todo saber científico superar-se com o tempo, mediante a descoberta de novas técnicas, de novos métodos, de novas abordagens de seu objeto e da maturação do pensar. Nessa senda, confirmam-se as palavras de Karl Popper:

Sexta tese: a) O método das ciências sociais, como aquele das ciências naturais, consiste em experimentar possíveis soluções para certos problemas; os problemas com os quais iniciam-se nossas investigações e aqueles que surgem durante a investigação [...] b) Se a solução tentada está aberta a críticas pertinentes, então tentamos refutá-la; pois toda crítica consiste em tentativas de refutação. c) Se uma solução tentada é refutada através do nosso criticismo, fazemos outra tentativa. d) Se ela resiste à crítica, aceitamo-la temporariamente; e a aceitamos, acima de tudo, como digna de ser discutida e criticada mais além. e) Portanto, o método da ciência consiste em tentativas experimentais para resolver nossos problemas por conjecturas que são controladas por severa crítica. É um desenvolvimento crítico consciente do método de "ensaio e erro" (POPPER, 2004, p. 16).

A dinamicidade oxigena a produção do conhecimento, que jamais alcançará a perfeição, uma vez que, onde existe perfeição, não existe mais ciência (por desnecessária), pois não haveria mais espaço para a criação intelectual, que é o que move a investigação científica. *Mutatis mutandis*, seria a constante evolução da ciência de que fala Paul Feyerabend e seu anarquismo metodológico (princípio do “tudo vale”) (FEYERABEND, 1977, p. 27). Afinal, de acordo com Pablo Lucas Verdú (*apud* PINTO, 1994, p. 218), “todas as realidades de hoje foram utopias de ontem”.

Sobre o assunto, confira-se a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2010, p. 1):

O futuro do estudo do Direito é, sem dúvida nenhuma, não a preparação mais do bacharel leguleio, do bacharel das leis do artigo tal, do parágrafo tal, mas do que vê o princípio, **do que vê aquela coisa que está por trás das leis, que é o Direito** [...] É preciso chegar à conclusão de que a formação do profissional do Direito não pode se cingir simplesmente a uma técnica jurídica. Nós temos que voltar a ser cientistas, e até mesmo, filósofos [...] **O futuro não está para os técnicos - no Direito, não. O futuro está para os humanistas** (grifos nossos).

Tudo o que foi defendido vai de encontro ao entendimento do Direito como um conjunto de regras inserido no paradigma metafísico positivo que (ainda) habita o imaginário dos intérpretes. Contudo, é necessário se dar conta, repise-se, de que o Direito não é construído a partir de um caminho pré-definido, que leva da abstração à concretude. O Direito é construído, na visão desta obra, na concretude, na faticidade e na historicidade do ser, pois, como já disse Hans-Georg Gadamer (2005, p. 348):

Na medida em que Heidegger redesperta a questão do ser, ultrapassando assim a toda a metafísica tradicional – e não somente o seu ponto mais alto no cartesianismo da ciência moderna e da filosofia transcendental -, ele alcança uma posição

¹⁴ Sobre o assunto, confira-se HEIDEGGER, 2008, p. 20, e KIRCHMANN, 1949, p. 30.

fundamentalmente nova frente às aporias do historicismo. O conceito da compreensão já não é mais um conceito metodológico como em Droysen. A compreensão não é, tampouco, como na tentativa de Dilthey de fundamentar hermeneuticamente as ciências do espírito, uma operação posterior e na direção inversa, que segue o impulso da vida rumo à realidade. Compreender é o caráter ontológico original da própria vida humana.

Paulo Buechele (1999, p. 171), por sua vez, ao discorrer acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade, assevera que:

[...] a indeterminação de conteúdo, tão combatida, é exatamente um dos traços caracterizadores da norma constitucional, a qual, para a sua concretização, depende sempre da atuação criadora (e criativa) do interprete, de atribuir sentido a ela em cada caso específico.

Com base nessas considerações, a tópica adquire um papel fundamental na normatização jurídica, pois, ao valorizar o caso concreto e encarar o Direito como um processo dialógico, argumentativo, desprende-se, conseqüentemente, da visão do Direito como uma ciência racional, cartesiana, pretensamente fundada em juízos apodífticos.

Por se tratar o Direito de um saber humano, e se o ser humano é dependente da linguagem para que possa compreender o mundo, não é possível distanciar o Direito da argumentação, do processo comunicativo. Como já tinha dito Aristóteles, o homem é um animal social por natureza, necessitando do outro (e da sociedade) para sobreviver adequadamente e para alcançar a plena felicidade, que somente era atingida, para o filósofo grego, na *polis*, ou seja, no convívio social.

4. CONCLUSÃO

Foi visto que a construção do Direito sobre os pilares da modernidade desembocou em sua cientificização, retirando-se a atuação retórica dos profissionais para produzir um saber calcado em premissas universais, apodífticas.

Essa construção, todavia, peca por tentar estender ao Direito uma abordagem que não lhe é adequada, visto que verdades universais não se aplicam às ciências ditas “do espírito”, mas apenas às ciências naturais - sem olvidar o fato de que estas estão cada dia mais distantes da universalização, como prega, por exemplo, a doutrina de Heisenberg e seu princípio da incerteza.

Como o Direito não deve ser submetido à cientificização racional, por se tratar de um saber eminentemente retórico, o paradigma moderno foi questionado como inadequado à abordagem jurídica. Para tanto, invocou-se a tópica como um exemplo de que a solução de problemas jurídicos pode ser alcançada por meio da retórica, e não por meio da mera subsunção de fato à norma.

Tendo em vista que a prática argumentativa está voltada a situações específicas, cada qual com a sua particularidade, contexto e auditório, a valorização do caso concreto em detrimento da solução de problemas *aprioristicamente* formulados é imprescindível para que se concilie Direito e argumentação, pois os pontos de vista (*topoi*) variam de acordo com cada caso (e, com eles, a solução adequada a cada problema).

É preciso entender que o Direito, como fenômeno linguístico que é, não deve partilhar de uma abordagem metafísica que termina por congelá-lo no tempo e no espaço em prol de uma objetividade científica, como se a precisão metodológica fornecida pelo racionalismo fosse o mais alto grau desejado do saber humano.

O Direito, exatamente por se tratar de um fenômeno linguístico, deve ser encarado dentro da linguagem, e não fora dela, o que significa dizer que não pode jamais ser estudado sem que sejam levadas em consideração todas as características do caso concreto, para que, por meio do discurso argumentativo, encontre-se a solução mais adequada.

A manifestação do ser hermenêutico é imprescindível para que o intérprete-interlocutor entenda o fenômeno jurídico e desenvolva o seu raciocínio a fim de obter êxito na conquista do auditório ao qual se dirige, por meio da utilização de argumentos verossímeis que serão contestados (ou não) pelos demais integrantes do discurso, uma vez que, como ficou registrado, não existem verdades universais no Direito. O choque de argumentos, longe de ser uma situação desagradável, é um favor à ciência, posto que é por meio do discurso e do debate que somente os argumentos mais fortes e convincentes permanecerão.

Destarte, acredita-se que a tópica pode ser utilizada como meio adequado à solução de questões jurídicas, eis que as deliberações ocorridas no processo nada mais são do que o conflito entre pontos de vista diversos, em prol de uma solução dialogicamente formulada, o que registra o caráter linguístico e retórico do Direito – caráter esse que se procurou, aqui, confirmar, em contraposição à sua (inadequada) abordagem puramente metafísica.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista De Direito Administrativo**, 240, 1–42. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 25 ago. 2022. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

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

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a.41, n.163, jul./set. 2004.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. Efeito vinculante: prós e contras. **Revista Jurídica Consulex**, n.3, 31 mar. 1997.

DILTHEY, Wilhelm. **Introdução às ciências humanas**: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio do tradutor. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Verdade e método II**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

KIRCHMANN, Julius Hermann von. *La jurisprudencia no es ciencia*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1949.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed.. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Depoimentos Magistrais: visão de futuro** (vídeo). Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/tvdireito/depoimentos-magistras/diogo-de-figueiredo-moreira-neto>>. Acesso em 25 ago. 2022.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 2. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MURICY, Marília. **Senso comum e direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Tratado da Argumentação** (a nova retórica). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. **O Projeto do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação Jurídica**. Parte II. São Paulo: Saraiva, 2010

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.