

DIREITO, SISTEMA E APLICAÇÃO: O RESSURGIMENTO DA TÓPICA NO MODELO PÓS-POSITIVISTA

Thiago Ferrare Pinto¹

RESUMO: A partir da enunciação do esgotamento do paradigma positivista no âmbito da definição dos critérios distintivos do fenômeno jurídico, o presente trabalho busca sedimentar a compreensão do método tópico-problemático como uma exigência do atual estágio de evolução do direito ocidental. Superada a ambição por autonomia e neutralidade do método jurídico – ambição que se revela na crença na completude das soluções dadas pelos sistemas jurídicos dedutivos - através da reinserção de elementos morais na esfera do direito, sustenta-se que um olhar para a história das instituições jurídicas dos Estados influenciados pela cultura romano-germânica é capaz de oferecer meios para a resolução de novas questões que se apresentam no contexto de uma teoria do direito pós-positivista.

PALAVRAS-CHAVE: Lei. Justiça. Interpretação jurídica. Tópica. Pós-positivismo.

ABSTRACT: From the enunciation of the exhaustion of the positivist paradigm within the definition of the distinctive features of the legal phenomenon, this paper aims to reaffirm the understanding of method topic-problem as a requirement of the current stage of evolution of western law. Surpassed the ambition for autonomy and neutrality of legal method – this ambition is revealed by the belief in the completeness of the solutions given by deductive systems of law – through the rehabilitation of moral elements in the sphere of law, it is argued that a look at the history of legal institutions of the States affected by the roman-germanic culture is

¹Graduando do curso de direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e aluno do XIII Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Políticas Públicas Sociais no Distrito Federal – GEPPPSDF do UniCEUB, e do grupo Análise Crítica e Reconstrução Histórica da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Contato: thiagoferrarepinto@gmail.com.

able to provide a mean to resolve new issues that arise in the context of a post-positivist theory of law.

KEY-WORDS: Law. Justice. Law interpretation. Topics. Post-Positivism.

1 – INTRODUÇÃO

Se hoje se pode dizer que é comum a menção a raciocínios tópicos no campo do direito, é bom que se lembre que nem sempre foi assim. Desde o surgimento do Estado Moderno até meados do século XX, imperou nesse ramo do conhecimento uma metodologia - tida como sistemática e lógico-dedutiva - que extirpava de sua órbita qualquer elemento não estritamente jurídico e, desse modo, fechava os olhos para os casos concretos que o direito busca equacionar².

A preponderância de tal visão se deve a razões diversas, não apenas jurídicas³. A principal delas diz respeito ao advento da Idade Moderna. Como se sabe, o direito medieval era esparso e fragmentado. Com a centralização do poder político, tal situação não poderia subsistir. Assim, a ideia de sistema jurídico ordenado e coerente surge para atender ao fim político imediato de dar unidade ao Estado emergente⁴.

Tal concepção, como melhor se verá adiante, atinge seu ápice com o movimento pela codificação na França e a corrente de pensamento a qual se dá o nome de jurisprudência dos conceitos, na Alemanha. O intuito da codificação foi unir sistematicamente todo o direito vigente em um corpo de normas coerente e completo, ou seja, apto à resolução de qualquer questão jurídica que eventualmente viesse à luz⁵. A mesma ideia, é bom que se diga, está subjacente à doutrina da

²LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 45-112.

³ Outras razões serão mencionadas no item 3 do trabalho.

⁴MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 157-164.

⁵BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 190.

jurisprudência dos conceitos, muito embora nesta os conceitos jurídicos cumprissem o papel da lei na codificação⁶.

Já ao fim do século XIX e início do século XX, tal ideário, de acentuada inspiração cartesiana⁷, passou a ser objeto de fortes críticas. Frente a essas críticas, levadas a efeito especialmente por uma corrente de pensamento conhecida como realismo jurídico, se viram os juristas na contingência de posicionarem-se a favor ou contra de uma ou outra posição dominante. Nesse contexto, Hans Kelsen desenvolveu sua *Teoria Pura do Direito*. Tal doutrina, com efeito, é verdadeiro ode à metodologia lógico-dedutiva. Defende Kelsen a estruturação do direito numa ordem hierárquica, onde as normas inferiores retiram sua validade das normas que lhes são imediatamente superiores, até que se chegue ao ápice da pirâmide, onde se encontra a norma fundamental⁸. Como é nítido - e se pode deduzir do fato de que o autor conceitua o ordenamento jurídico como um sistema dinâmico, que se contrapõe ao estático - tal doutrina é essencialmente formalista, já que condiciona a pertinência de uma determinada norma em relação ao sistema apenas a critérios alheios ao seu conteúdo⁹.

Feita esta breve digressão histórica, chega-se à metade do século XX. Nesse momento se observa uma forte crise do positivismo jurídico inaugurado no início do século XIX. Tal crise, como adiante se tentará explicar mais detalhadamente, deriva do fracasso experimentado pelos regimes autoritários da primeira metade do século passado que, com base em uma concepção positivista e formalista, confundiram os conceitos de legitimidade e legalidade, reduzindo aquele a este. A norma, pelo simples fato de ser formalmente válida, era tida como legítima

⁶“A própria noção de um sistema normativo completo aproxima o positivismo jurídico na França e na Alemanha. Tanto um como o outro partem da idéia de que o direito forma um sistema fechado de conceitos (de leis, no caso francês), construído a partir de um processo bastante peculiar”. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182.

⁷DESCARTES, René. Discurso do Método. Tradução de J. Grinsburg e Bento Prado Junior. In: *Os Pensadores*, v. XV, São Paulo: Abril, 1973, p. 33-79.

⁸KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Ainda sobre a noção de norma fundamental e considerando a obra de diversos autores: ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁹DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Nesse texto, o autor elenca, como uma das características distintivas do positivismo jurídico, a defesa de critérios alheios ao conteúdo para a identificação do direito.

e, desse modo, justificava qualquer tipo de barbárie. Tal visão tem clara inspiração na doutrina kelseniana.

A crise do positivismo dá ensejo ao surgimento do pós-positivismo¹⁰. Como afirma Barroso¹¹, tal movimento marca uma reaproximação entre o direito e a ética, quer dizer, deixa o direito de existir como sistema fechado e passa a incorporar outros elementos que não os puramente jurídicos. Assim, a juridicidade de um fenômeno qualquer não está mais condicionada apenas a sua forma, mas também ao seu conteúdo.

É nesse contexto de superação do positivismo formalista que se coloca o objeto desse trabalho. Propõe-se aqui uma abordagem do método tópico como uma exigência dessa nova compreensão do fenômeno jurídico que se vem sedimentando. Buscar-se-á demonstrar, com base especialmente na obra de Theodor Viehweg¹², a necessidade de pesquisar na história remota de nosso direito a fundamentação para o sepultamento de um modelo que por muito tempo dominou o estudo e a prática do direito ocidental.

2 – O MÉTODO TÓPICO E O DIREITO OCIDENTAL

Quando se faz menção ao direito de origem romano-germânica é comum que esteja subentendida alguma referência à sistematicidade, especialmente na forma de codificação. Veja-se, p.ex., Silvio de Salvo Venosa, *in verbis*: “Para o jurista de formação românica, todo raciocínio terá sempre em mira, quase sempre como ponto de partida, o código [...]”¹³. Ocorre que tal concepção, como já referido no tópico anterior, tem ponto certo e recente de consagração histórica, não se afigurando correto afirmar que o direito ocidental esteve, desde sempre, apegado a esta idéia.

¹⁰É também nesse contexto que se realiza uma passagem do Estado legislativo de direito ao Estado constitucional de direito, fenômeno que está estreitamente relacionado ao objeto deste trabalho. Sobre isso: CUNHA, José Ricardo. BORGES, Nadine. Direitos Humanos, (não) realização do Estado de Direito e o problema da exclusão. In: CUNHA, José Ricardo (Org). *Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2011, p. 207-247.

¹¹BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247-262.

¹²VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979; VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

¹³VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao Estudo do Direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 122.

Se qualquer estudioso voltar-se às fontes mais remotas de nosso direito, chegará inexoravelmente a Roma. Com efeito, é nítida a influência, especialmente no que diz respeito ao direito privado, do direito romano nas instituições jurídicas vigentes. Institutos como a prescrição aquisitiva, posse e tantos outros nos vieram através dos romanos.

Muitos autores defendem, inclusive com base na criação de institutos como os referidos acima, que os juristas romanos trabalhavam e buscavam construir um direito sistematizado. Corroboram essa tese com a menção ao *Corpus Iuris Civilis*, documento que, segundo esse ponto de vista, teria o fim precípua de ordenar o direito preexistente e servir a solução de todas as questões jurídicas. Tal ideia, todavia, não procede.

Os juristas romanos eram práticos por excelência. No dizer de Viehweg¹⁴, “[...] o jurista romano coloca um problema e trata de encontrar argumentos [...]”. Isso quer dizer que suas discussões estavam voltadas, quase sempre, a resolução de casos concretos, e não a construção de categorias abstratas que permitissem solucionar, por dedução, as questões que eventualmente surgissem no mundo dos fatos.

Tal constatação nos permite dizer, portanto, que os romanos tinham a tópica como instrumento de trabalho no campo do direito. A partir disso – e tendo em vista fundamentalmente a já mencionada importância do direito romano na construção do atual modo de conceber a atividade jurídica em grande parte dos Estados Ocidentais - deve-se explicar com mais detalhes em que consiste esse modelo de fundamentação da racionalidade na argumentação jurídica.

Tópica, para Viehweg¹⁵, é “[...] uma técnica do pensamento que está orientada para o problema [...]”; é, portanto, um modo de conceber a atividade do aplicador do direito que não parte da suposição de que a solução para todos os casos que lhe são apresentados esteja, desde sempre, exposta de modo claro em

¹⁴VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 48.

¹⁵VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 33.

alguma espécie de documento normativo do qual possa ser extraída por dedução. Karl Larenz¹⁶ assim se expressa sobre o significado do método tópico:

Esse processo apresentar-se-á como um “tratamento circular”, que aborde o problema a partir dos mais diversos ângulos e que traga à colação todos os pontos de vista – tanto os obtidos a partir da lei como os de natureza extrajurídica – que possam ter algum relevo para a solução ordenada à justiça, com o objectivo de estabelecer um consenso entre os intervenientes.

Dois pontos da explicação de Larenz devem ser destacados. O primeiro deles diz respeito à referência ao método tópico como aquele que procede a partir dos diferentes *pontos de vista* para a resolução das questões jurídicas. Esse modo de proceder pressupõe a colocação em destaque do caso concreto a ser resolvido, uma vez que os pontos de vista a que o autor se refere fazem parte daquilo que Viehweg chama de *tópicos*, ou seja, padrões argumentativos que têm por função, basicamente, “servir à discussão dos problemas”¹⁷ através da colocação de diferentes perspectivas para as suas soluções. Aqui está a essência da proposta de Viehweg: a partir da ideia de que problema é uma “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”¹⁸, deve-se reconhecer que o raciocínio jurídico puramente dedutivo – aquele que, negando a prioridade do caso concreto, vê no sistema a fonte primordial da argumentação – deve ser abandonado em favor de um método que leve em conta as peculiaridades de cada situação fática sobre a qual deve o direito incidir.

O segundo ponto a ser destacado sobre a reflexão de Larenz trata da referência à *solução justa* como o fim a que está orientado o método tópico. De fato, é somente enquanto instrumento para a fundamentação racional de soluções moralmente sensíveis às vicissitudes de cada fato jurídico que se faz compreensível a análise tópica¹⁹. Isso tem implicações importantes para a temática do presente

¹⁶LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 201.

¹⁷VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 39.

¹⁸VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 34.

¹⁹É isso que se extrai de outro trecho da obra de Larenz: “Colocada a questão de como seria susceptível de fundamentação a afirmação de que precisamente *tal* decisão seria no caso vertente a decisão justa, deparamos de novo com a questão de se os valores e o que é valioso são, em termos

trabalho. Destacadamente, daí deriva que o direito que tal metodologia pressupõe não é aquele que pode ser conceituado, no dizer de Robert Alexy²⁰, por critérios meramente factuais, ou seja, o conceito de direito que aqui está em jogo deve envolver necessariamente a correção moral – a justiça – como um elemento relevante para a identificação do fenômeno jurídico.

Conforme se mostrará mais adiante, a ideia de que a tópica pode fornecer um meio de fundamentação de juízos orientados à justiça fornece um argumento importante em favor desse método de interpretação/aplicação do direito no atual estágio de evolução da prática jurídica. Isso porque hoje se reconhece, em contraposição às correntes dominantes até meados do século XX, que o universo do direito não pode ser moralmente neutro, ou seja, nele devem ser incorporados critérios de sustentação argumentativa que não se restrinjam a conformidade de certa solução com um ordenamento jurídico previamente colocado por órgãos competentes.

Dito isso, retornemos brevemente àquilo que dizíamos sobre a importância da tópica para a compreensão de alguns trechos relevantes da caminhada histórica que culminou com a configuração atual dos ordenamentos jurídicos dos Estados influenciados pela tradição romano-germânica. Como já mencionado, alguns autores defendem a tese de que o *Corpus Iuris Civilis*, promulgado em Roma no ano de 529, foi uma tentativa de formular um sistema completo de proposições jurídicas. Ocorre que tal corpo de normas se apresenta como mera compilação de decisões e opiniões voltadas a resolução de casos concretos; algo que, não encerrando qualquer intuito de coerência e completude – que são, é bom lembrar, requisitos indispensáveis à constituição de qualquer sistema formal²¹ -, apresenta-se como resultado daquilo que Paulo Roberto Soares Mendonça²² chama de *via de mão dupla*, ou seja, uma estrutura “na qual a tópica

gerais, susceptíveis de reconhecimento em sentido racional. [...] Aqui surge a tópica [...], o procedimento de um discurso vinculado ao caso [...]”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 170.

²⁰ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez Granada: Editorial Comares, 2005, p. 15-27.

²¹MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 123-134.

²²Ibidem, p. 102.

constrói as premissas a partir da análise de problemas e tais premissas são tabuladas e organizadas logicamente”.

A história do direito ocidental passa ainda pela Idade Média, momento no qual se observa o surgimento das primeiras universidades²³. Como noticia a doutrina, o principal objeto de estudo dos juristas da época era o direito romano clássico, leia-se o *Corpus Iuris Civilis*.

Muito embora tenham se debruçado quase que exclusivamente sobre a pesquisa das instituições jurídicas romanas, pode-se dizer que os medievais inovaram, em algum sentido, o estudo do direito. Com efeito, não se limitaram a ler e apreender o que lhes era passado através do *Corpus*. Como se sabe, e pela razão já referida de que os romanos eram essencialmente práticos, a compilação justiniana era, em relação a muitas matérias, contraditória e incompleta. Assim, se dedicaram os juristas medievais à elaboração de comentários ao documento romano que visavam precipuamente o esclarecimento de controvérsias e a integração de lacunas. Tais comentários ficaram conhecidos como *glosas*, o que explica o fato de seus elaboradores serem comumente chamados de glosadores.

Do dito se extrai que havia, ainda que implicitamente, um embrionário intuito sistematizante subjacente ao trabalho dos glosadores. Isso não permite concluir, porém, que o método tópico-problemático havia sido suplantado. Muito pelo contrário. A despeito de terem se dedicado os juristas da época à reestruturação e adaptação do direito romano clássico às exigências da sociedade medieval, que já sentia os primeiros impactos do capitalismo nascente, o direito vigente ainda era bastante esparso e contraditório, o que exigia que os olhos de seus operados estivessem voltados primordialmente ao problema.

Por fim, não se poderia concluir este item sem fazer menção à origem ainda mais remota do direito ocidental de um modo geral, e do raciocínio tópico em especial. Refiro-me à Grécia, mais especificamente à figura de Aristóteles. Com efeito, foi ele que, com base na distinção entre dialética e apodítica, propôs um “[...]”

²³NASCIMENTO, Valter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

método de investigação no qual fosse possível construir um raciocínio dialético a partir de opiniões majoritariamente aceitas a respeito de qualquer problema [...]”²⁴.

O trabalho do autor, como mencionado pelo próprio²⁵, “[...] persegue a tarefa de se encontrar um método com o qual, partindo-se de proposições conforme as opiniões (ex endoxon), seja possível formar raciocínios (dynesómetha sylloguiseitha) sobre todos os problemas que se possam colocar (Peri pantos toy protesthentos problematos) e evitar as contradições, quando devemos sustentar nós mesmos um discurso [...]”.

Apesar da enorme relevância do estudo das ideias de Aristóteles, o desenvolvimento de reflexões mais aprofundadas a esse respeito não se comporta nos singelos intuítos do presente trabalho. Fica aqui uma superficial menção ao tema e o registro de sua inigualável importância para o estudo da matéria.

3- O DIREITO COMO SISTEMA FECHADO

Como se procurou demonstrar no item anterior, as origens do direito ocidental²⁶ estão estreitamente ligadas à tópica. Isso quer dizer que ideia, corrente em nossos dias, de um direito de caráter sistêmico é recente. Neste parágrafo abordaremos o contexto deste surgimento, bem como explicitaremos as notas distintivas da teoria do direito que o acompanha.

As normas jurídicas vigentes no período da Idade Média eram esparsas e muitas vezes contraditórias. Tal fato se explica basicamente pela abundância de fontes do direito à época. No mais, a coexistência de duas grandes jurisdições, eclesiástica e secular, era fonte de grande insegurança jurídica.

Com o surgimento do Estado Moderno, a situação se alterou profundamente. Com efeito, a necessidade de se estabelecer uma unidade de poder em determinado território – necessidade revelada pelo estabelecimento daquilo que

²⁴MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 89.

²⁵Apud. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 24.

²⁶Faz-se referência aqui ao direito romano-germânico, que diverge em essência daquele de origem anglo-saxônica.

José Ricardo Cunha e Nadine Borges chamam de *monismo jurídico*²⁷ - exigia a existência de um ordenamento jurídico²⁸ coerente e unificado. É nesse contexto que ganha espaço a ideia de sistema jurídico.

Passou-se a defender que o Estado soberano seria o único ente legitimado a propositura de normas cogentes, ou seja, seria ele a fonte única de todo o direito. Com base nessa ideia, negou-se o caráter de norma jurídica ao produto de fontes milenarmente consagradas, tal como o costume e a jurisprudência, justamente para que, com a existência de uma única fonte, se tornasse mais simples alcançar a sistematização e a coerência da ordem jurídica.

A par do já mencionado, e para melhor contextualização da questão, faz-se necessária ainda menção à ideologia jurídica²⁹ subjacente a esse período histórico. Tinha grande prestígio à época a ideia de Direito Natural. Não um Direito Natural de inspiração divina – que, como nos mostra a história, teve grande força no medievo – mas sim aquele de inspiração racionalista. Quer-se dizer que, ao tempo do surgimento dos Estados Modernos, estava em voga o chamado jusracionalismo, movimento teórico que entende o direito como derivado, de forma direta, da razão humana.

Tal observação, de fato, explica muita coisa. Se o direito era extraído da razão humana – entendida esta como uma entidade abstrata – é natural que estivesse distanciado do caso concreto. Essa ideia, portanto, também cooperou de forma significativa para o triunfo da concepção sistêmica e o conseqüente afastamento da tópica.

Daí em diante, o que se observa no curso da história é que a “referência sistemática se tornou um caminho sem retorno na ciência do direito

²⁷CUNHA, José Ricardo. BORGES, Nadine. Direitos Humanos, (não) realização do Estado de Direito e o problema da exclusão. In: CUNHA, José Ricardo (Org). *Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2011, p. 214. No trecho se lê: “Aqui o Estado de direito é sinônimo do Direito do Estado [...]”.

²⁸BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 197-211. Ver ainda: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

²⁹LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 29-56.

ocidental”³⁰. Com efeito, após sua consagração definitiva no contexto já abordado, tal ideia atingiu seu ápice, na Europa, após as revoluções liberais, especialmente no início do século XIX. Foi nesse período que se tornou vitorioso o movimento pela codificação, na França, e surgiu, com grande força, a corrente teórica denominada jurisprudência dos conceitos, na Alemanha.

Nesse ponto, é importante tratar do modo de conceber a prática jurídica que subjaz a toda essa mudança. Se as codificações representaram, por assim dizer, o ponto máximo do jusracionalismo – já que encerram o intuito de tornar definitivo, através da positivação, o conjunto de preceitos jurídicos acessíveis pela razão -, também é certo que elas marcaram o início do declínio dessa concepção teórica. Isso porque, uma vez estabelecidas, de modo oficial e definitivo, as regras racionais, a argumentação jurídica não deve mais buscar na razão a fonte das soluções para os casos do direito. A razão já está dada; ela foi concretizada no direito positivo.

Assim, o positivismo jurídico ganha espaço na teoria do direito. Com o objetivo de melhor compor o pano de fundo de nossas reflexões, buscaremos elucidar os traços principais dessa postura teórica a partir da obra de um de seus mais notáveis expoentes: o inglês H. L. A. Hart. Para o autor, “a chave para a ciência do direito” é a combinação de duas modalidades de regras sociais, as primárias e as secundárias. Na conceituação desses tipos de padrões, as palavras do autor são insubstituíveis:

As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações.³¹

³⁰MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 382.

³¹HART, H. L. A.. *O conceito de direito*. Tradução de Antonio de Oliveira Sette Camara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 105-106.

O que do trecho se extrai de maior relevância é o seguinte. O universo jurídico, ou seja, o trecho da realidade que possui relevância para o direito – aquilo que Hart chama de normas primárias - deve ser distinguido a partir de certas características fundamentais. Essas características são colocadas por uma norma secundária a que se dá o nome de *regra de reconhecimento*, que é o padrão através do qual se descobre se certo preceito é ou não um preceito jurídico. O ponto da obra de Hart que mais nos interessa - e que é também o que permite a qualificação de sua teoria como positivista - diz respeito à ideia de que os critérios que propõe para a identificação do fenômeno jurídico são neutros, ou seja, não levam em conta qualquer elemento de moralidade. Quer isso dizer que as regras que compõem o direito podem, de acordo com o modelo de Hart, “ser identificadas e distinguidas com auxílio de [...] testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas”³².

É esse o traço fundamental de todas as teorias que podem ser qualificadas como positivistas. Assim, o que se deve ressaltar nesse momento, visto que tal fato será o objeto principal da análise a ser levada a efeito no próximo item, é que, após a consolidação dos Estados Modernos, passou-se a conceber o ordenamento jurídico como um todo completo e coerente. Isso quer dizer que, com base na ideia de que tudo aquilo que faz parte do universo jurídico pode ser identificado por critérios moralmente neutros, se considerava o direito como um campo impermeável, ou seja, insuscetível de influenciar-se por elementos externos aos comandos prescritivos de conduta estabelecidos em conformidade com o direito já existente.

Tal fato, como se verá, foi o precedente histórico da irremediável crise do modelo jurídico vigente até meados do século XX.

4- O RESGATE DA TÓPICA

A primeira metade do século XX representou, para a história da humanidade, verdadeiro divisor de águas. No campo do direito não poderia ser diferente. Rompeu-se a continuidade de um modelo que há mais de cem anos era incontestado. Foram incorporados pela ciência jurídica – melhor se diria

³²DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 28.

reincorporados – elementos que até então eram preteridos em nome de uma inalcançável e utópica auto-suficiência.

Como já aludido, o positivismo formalista condicionava a legitimidade de uma norma jurídica a sua simples validade. Quer dizer, legalidade e legitimidade se confundiam. A forma era relevante; o conteúdo, não. Assim, e com base no conseqüente distanciamento entre direito e ética, os regimes autoritários vigentes no período entre guerras criaram e promulgaram leis de conteúdo verdadeiramente teratológico³³. No estágio de evolução histórica em que se encontrava, a humanidade não mais poderia tolerar tal situação. Operou-se, assim, uma crise do positivismo jurídico.

Essa crise, já foi dito, dá ensejo ao surgimento do pós-positivismo. Como afirma Barroso³⁴, em trecho já citado, tal movimento marca uma reaproximação entre o direito e a moral, quer dizer, deixa o direito de existir como sistema fechado e passa a incorporar outros elementos que não os puramente jurídicos. Assim, a juridicidade de um fenômeno qualquer não está mais condicionada apenas à sua forma, mas também ao seu conteúdo.

No entanto, a questão não é assim tão simples. A reinserção de valores morais no campo do direito acaba por suscitar algumas controvérsias. A principal delas – e é esse o tema crucial do nosso trabalho – diz respeito à impossibilidade de se objetivar abstratamente imperativos de ordem moral. De fato, as sociedades de nossos dias são essencialmente pluralistas³⁵, ou seja, nelas convivem e se relacionam indivíduos que nutrem concepções diversas a respeito dos temas mais variados. Assim sendo, não é possível apurar um sentido único - atribuído, portanto, por toda a comunidade - para os conceitos éticos.

³³Cite-se, por exemplo, a previsão expressa do código penal vigente na Alemanha à época do nazismo da possibilidade de incriminação através do recurso à analogia.

³⁴BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247-262.

³⁵John Rawls faz menção ao “fato do pluralismo razoável”, que é uma referência à circunstância de que as sociedades modernas “não se caracterizam meramente pelo fato de um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, mas sim por um pluralismo de doutrinas incompatíveis entre si, mas, mesmo assim, razoáveis”. RAWLS, John. *O liberalismo Político*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. XVII. Para uma análise detalhada dessa ideia de Rawls, ver: GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

Poder-se-ia defender que há uma identidade mínima de sentido desses conceitos referível a todo o corpo social. Tal fato é deveras verdadeiro. Ocorre que, como dito, essa convergência de concepções diz respeito unicamente ao sentido nuclear dos enunciados morais, o que impede que se lhes determine aprioristicamente o sentido de forma densa e verdadeiramente apurável.

Postas essas premissas, podemos formular uma parcial conclusão. Ora, se os conceitos morais são extremamente vagos e, com o esvaecer do positivismo, passou o direito a incorporar, implícita ou explicitamente, grande parte deles, é natural também que uma quantidade considerável de normas jurídicas passe a ter grande abertura semântica.

Nesse sentido, pergunta-se: qual seria o método apropriado para a determinação do sentido dessas normas? A resposta a tal questionamento somente pode ser buscada na história das instituições jurídicas ocidentais. Como disposto no primeiro item do presente trabalho, o direito esteve, desde suas origens mais remotas, ligado a tópicos. Quer dizer, era ele visto preponderantemente como um instrumento para a resolução de casos concretos. Tal orientação somente foi afastada, como se buscou demonstrar no item anterior, com o surgimento do Estado Moderno, momento no qual o direito passou a ser tido como o principal meio de dar unidade ao poder político.

Assim, o que se quer ressaltar é o fato de que até a Idade Média o direito operou como um conjunto de normas permeáveis a elementos metajurídicos. A ideia de um sistema fechado, e a conseqüente desvinculação entre direito e moral, somente ganhou força ao fim desse período. Com base nisso, podemos chegar a outra conclusão importante, qual seja: se antes do império da ideia de sistema jurídico fechado o método dominante era o tópicos, parece fundamentada a exigência de que, nos dias atuais, com a superação do modelo formalista, volte esse método a ter prestígio.

As normas que, por estarem vinculadas a conceitos éticos, guardam vaguesa de sentido somente podem ser densificadas à luz dos elementos extraídos do caso concreto. Não se pode mais acreditar que seja possível resolver qualquer questão jurídica por meio de raciocínios dedutivos e silogísticos. A função do

aplicador do direito não é a de mero conhecedor da lei. Tem ele, na verdade, a incumbência de buscar no caso a ser resolvido os elementos necessários à correta determinação do sentido das normas aplicáveis.

CONCLUSÃO

Costuma-se dizer que o fim do direito é a ordem³⁶. Sob tal premissa se consolidou, no campo do direito, o raciocínio lógico-dedutivo e formalista. Ocorre que, nos dias de hoje, não mais se pode conceber o fenômeno jurídico apenas como instrumento para a consecução da ordem social, senão da ordem social justa.

Posto isso, se torna evidente a deficiência dos modelos puramente sistemáticos. À medida que operam com indiferença ao contexto de aplicação das normas - leia-se, às circunstâncias do caso concreto -, tais modelos não são capazes de atender às peculiaridades das diversas demandas sociais.

Coisa diversa se dá com o raciocínio tópico. Tendo como foco o problema a ser resolvido, tal método está sempre apto a adaptar o conteúdo dos enunciados normativos à realidade cambiante. Não concebe o direito formalmente, ou seja, desgarrado de seu conteúdo, mas sim como um meio de se buscar a solução mais apropriada ao caso concreto.

Por tudo isso, deve-se concluir pela imperatividade da adoção do modelo tópico como elemento relativizador da rígida compreensão da ideia de sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *La institucionalización de la justicia*. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁶IHERING, Rudolf Von. *La lucha por El derecho*. Tradução de Adolfo Posada. Buenos Aires, Lacort, 1939, p. 2. Lê-se no trecho em referência: “O fim do direito é a paz; o meio é a luta” (tradução livre).

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

CUNHA, José Ricardo. BORGES, Nadine. Direitos Humanos, (não) realização do Estado de Direito e o problema da exclusão; In: CUNHA, José Ricardo (Org). *Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

DESCARTES, René. Discurso do Método. Tradução de J. Grinsburg e Bento Prado Junior. In: *Os Pensadores*, v. XV, São Paulo: Abril, 1973.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HART, H. L. A.. *O conceito de direito*. Tradução de Antonio de Oliveira Sette Camara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

IHERING, Rudolf Von. *La lucha por El derecho*. Tradução de Adolfo Posada. Buenos Aires, Lacort, 1939.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

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

NASCIMENTO, Valter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao Estudo do Direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2007.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

_____. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.