

Tópica e direitos fundamentais: a contribuição de Theodor Viewheg

Bruno Maia¹

Resumo

O texto tem como objetivo traçar a partir do contexto histórico do pós-guerra, como o Direito pode regular a conduta humana a partir da sua refundamentação, em que a pessoa ocupa o centro do ordenamento jurídico, em que o positivismo, para além de sua perspectiva formal, pode ser relido como sistema normativo de conduta humana globalmente eficaz, mas também, como fenômeno jurídico histórico e cultural que permite a consolidação do Estado a partir da Constituição, isto é, da ordem objetiva de valores que estrutura e constitui o Estado por meio da vontade de Constituição, e de como os Direitos Fundamentais se relacionam com o Direito Civil levando-se em conta a eficácia dos Direitos fundamentais nas relações entre particulares, a partir da tópica.

Palavras-chave: Constituição; Direitos Fundamentais; Tópica.

Abstract

The texto aims to trace , from the historical context of the post war , how the Law can regulate human conductt from itis refoudation in which the person occupies the Center of the legal system , inwhich Positivism, beyond it's perspective formal , it can bem read as aglobally effective normative system of human conduct , but alsom as a historical and cultural legal phenomenon that allows the consolidation of the State from the Constitution , that is , from the objective order of values that structures and constitutes the State troughthe Will of the Constitution and how Fundamental Rights are related to Civil Law taking into accaout the effectiveness of Fundamental Rights in relations btween individuals startin from the topic.

Keywords: Constitiution; Funtamental Rights; Topic.

¹ Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – CEUB; Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Juiz de Fora; Advogado e-mail: brunomaiaster@gmail.com .

INTRODUÇÃO

No contexto histórico e jusfilosófico do Positivismo Jurídico, parece ter sido prioridade do Legislador das Constituições da primeira metade do Século XX, a compreensão do Estado como pessoa jurídica de Direito Interno que estrutura o Poder e sua regulação pelo Direito.

Ocorre que, mesmo os postulados positivistas kantianos relidos por Kelsen submeteram-se ao processo de reinterpretação por regimes totalitários no período da Segunda Guerra Mundial, permitindo, que legitimamente, o Nacional Socialismo na Alemanha ascendesse ao poder pelo voto. A História comprovou que ao ascenderem ao poder, os nacional-socialistas por meio da propagação do discurso ariano na construção do “Terceiro Reich” desfigurou o Conteúdo Jurídico da Constituição de Weimar, e a reduziu, somente à sua perspectiva formal, normativista.

Isto foi conseqüência da deturpação da metafísica kantiana pelos nacional-socialistas. Uma metafísica da qual Kelsen se apropriou para conceber o conceito de Direito como uma ordem jurídica globalmente eficaz, e escalonada a partir da Constituição submetendo-se a ela, a validade dos comandos normativos infraconstitucionais em termos estruturais o que permitiu o alcance da concepção de Estado como ente regulador do poder. Simultaneamente, prevalecendo sobre a Constituição, e para conferir coerência ao seu escalonamento normativo, a norma fundamental pressuposta que se posiciona acima da Constituição, e cujo conteúdo metajurídico determina que nos comportemos de acordo com a determinação do legislador constituinte originário permite uma compreensão equivocada de que o Positivismo Jurídico se esgota em convencionalismos, e na aplicação do texto normativo ao caso concreto sem que o intérprete faça qualquer contextualização.

O formalismo positivista, ou normativista de Kelsen, no contexto histórico do pós guerra necessitava de uma reformulação, pois o pensamento sistemático do Direito, e a compreensão insulada do conteúdo jurídico do princípio da igualdade em seu aspecto formal, já não era suficiente para explicar a realidade social regulada pelo Direito vigente.

Com o fim da segunda guerra, e com o desenvolvimento da Jurisprudência dos Valores, em que a pessoa humana passa a ocupar o centro do ordenamento jurídico, os juristas iniciaram estudos para reformular a compreensão do Direito como fenômeno Jurídico, cuja função é regular o comportamento humano tanto em relação ao Estado, quanto nas relações jurídicas entabuladas entre particulares. Um desses juristas foi Theodor Viewehg, que ao se insurgir com a perspectiva formal do “positivismo decadente”, resgatou o pensamento problemático aristotélico para a solução dos casos concretos pelo Direito, a partir da Tópica.

Isto, contudo, não significa que podemos de antemão, excluir a contribuição do pensamento sistemático do Direito, sobretudo quando estamos a tratar da eficácia dos Direitos Fundamentais, e dos comandos normativos que os veiculam, cujo conteúdo penetra no âmbito

do Direito Civil seja pela matriz teórica da eficácia direta, ou pela matriz da eficácia indireta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares. Por meio da leitura do texto que apresentamos, o leitor poderá constatar as contribuições da Tópica de Viewheg para a compreensão dos Direitos Fundamentais, e para o Direito Civil contemporâneos.

1 VIEWHEG E O CONTEXTO HISTÓRICO DE TÓPICA E JURISPRUDÊNCIA NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX

De acordo com Giordano Bruno Soares Roberto (2003), para entender a obra de Viewheg, é necessário compreender o fenômeno da codificação, que marcou a história do Direito Civil. O processo que colocou o fenômeno acima em curso, sob a perspectiva filosófica foi o Racionalismo. O Iluminismo, movimento que visou ao estímulo do uso da razão fazia crescer a crença nas possibilidades racionais, a fim de dirigir o progresso da vida humana. As correntes do Direito Natural, fundadas em Deus, perdem espaço para aquelas que acreditam ser Deus a essência do homem. Sob tal perspectiva, Deus pode ser apreendido racionalmente.

O outro fator de ordem histórica é a formação do Estado Moderno. Sua origem se dá com o Estado Absoluto, que, posteriormente, é substituído pelo Estado Liberal. Este tem como principal característica o monopólio da produção legislativa. A exteriorização dessa produção legislativa se deu por meio das Constituições, para a organização do aparelho estatal, e dos Códigos, para regular as relações entre os cidadãos. O Código seria responsável pela racionalização da vida privada: um sistema de normas jurídicas unitário, coerente e completo, cuja aplicação se daria nos moldes do pensamento sistemático. Para cada caso real, a solução já estava pronta, bastando aplicá-la por meio de um processo dedutivo. Os Códigos mais importantes na Modernidade são o Código Civil de Napoleão, de 1804, e o Código Civil alemão de 1900 (ROBERTO, 2003).

A partir da vigência do Código Civil Francês, surge a Escola da Exegese, que acreditava que todos os casos já estavam resolvidos previamente pelo Código, cabendo ao Juiz apenas revelar o Direito. Assim sendo, o Juiz era considerado a “boca da lei” (ROBERTO, 2003).

Na Alemanha, surgia a Escola Histórica do Direito, que proclamava um novo fundamento para o Direito; um fundamento diverso daquele do Iluminismo. O que estava no centro era o que Savigny chamou de “espírito do povo” (ROBERTO, 2003).

Ao defender a elaboração científica do Direito, a Escola Histórica criou as condições para o surgimento da Jurisprudência dos Conceitos, que consistia em elaborar conceitos abrangentes para, a partir deles, extrair conceitos de menor alcance, formando um sistema perfeito e acabado. Assim, a aplicação do Direito não seria mais que um processo lógico dedutivo, cujas conseqüências foram um alto grau de abstração, e um progressivo distanciamento da realidade (ROBERTO, 2003).

Contrapondo-se ao formalismo, no final do Século XIX, Rudolf Von Jhering critica a Jurisprudência dos Conceitos, no sentido de que não basta ao jurista dominar os conceitos formais. É preciso que, antes, que ele atente para as necessidades das partes envolvidas, para as finalidades às quais os sujeitos se propõem ao agir (ROBERTO, 2003).

Abre-se, assim, o caminho rumo à construção da Jurisprudência dos Interesses, que dará origem à Jurisprudência dos Valores. Ambas são caracterizadas pela crítica ao formalismo, e pela defesa de outros métodos de interpretação e aplicação do Direito. O formalismo retomou toda sua força inicial a partir do pensamento de Hans Kelsen, que em 1934, publicou a obra “Teoria Pura do Direito”. É contra este formalismo que Viehweg se insurge (ROBERTO, 2003).

A obra “*Tópica e jurisprudência*” de Theodor Viewehg é um clássico da Teoria da Argumentação Jurídica. De acordo com Tércio Sampaio Ferra Junior (1979), a primeira edição da obra acima referida constituiu-se na tese de livre docência, que o jurista alemão defendera pela Universidade de Munique. Não tardou muito para que a obra de Viewehg chamasse a atenção dos juristas e filósofos. No contexto jus-filosófico do Positivismo, vinculado àquela época, à predominância dos padrões matemáticos das ciências naturais, Viewehg retomou o estudo da ciência jurídica à luz da experiência greco-romana, a partir do pensamento de Vico, no sentido de atualizá-lo de acordo com o instrumental contemporâneo da lógica, da teoria da comunicação, e da lingüística, para compreender a Ciência do Direito, isto é, a Jurisprudência.

Os representantes do paradigma científico positivista costumam compreender como finalidade, ou tarefa básica da ciência a descrição comportamental dos objetos inseridos em um campo objetivo, em que o cientista extrai, a partir da descrição, o comportamento do objeto de investigação, bem como a criação de possibilidades acerca da sua previsão comportamental. Afinal, um sistema de enunciados capaz de descrever e explicar o comportamento de modo rigoroso deve ser apto a, também, prevê-lo (FERRAZ JUNIOR, 1979).

O Direito como sistema normativo que é tem como objetivo analisar o comportamento humano, a partir da sua enorme gama de possibilidades, e cuja regularidade é duvidosa, para, a partir de então, estabelecer prognósticos alternativos fundados cientificamente, em face dos quais as dificuldades aparecem. Por muito tempo, a teoria jurídica aceitou que o formalismo do Direito seria capaz de explicar o comportamento humano por meio da lógica dedutiva, uma postura que relegava a interpretação dos textos jurídicos ao segundo plano (FERRAZ JUNIOR, 1979).

A obra de Viewehg parte da premissa de que há um *ethos compartilhado* estabelecido entre a doutrina e a práxis do qual resultam o costume, a tradição e a moralidade. De um lado, as teorias jurídicas apresentam elementos cognoscitivos de descrição e explicação dos fenômenos jurídicos, entretanto, na obra do jurista alemão, tais elementos assim não são compreendidos. Isso ocorre, porque, as proposições jurídicas são, sob a perspectiva funcional, ideológicas de natureza cripto-normativa, das quais decorreriam as conseqüências pragmáticas no âmbito político e social. Em razão de exercer essa função ideológica, as teorias jurídicas

recorrem ao desenvolvimento de um estilo de pensamento denominado tópico. Portanto, a tópica não é necessariamente um método, mas um estilo de pensamento. Em outras palavras, a tópica é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, isto é, cânones para avaliar a adequação das propostas, que se orientam para a resolução de problemas, a partir deles, e em sua direção. Como tentativa, as figuras da doutrina do Direito são abertas, isto é, delimitadas sem rigor lógico; o que permite a elas assumir significações em função dos problemas que necessitam de uma resposta para resolver o conflito (FERRAZ JUNIOR, 1979). Um exemplo são as cláusulas gerais no âmbito do Direito Civil.

Para escrever *Tópica e jurisprudência*, Viewehg resgata o pensamento aristotélico, segundo o qual há uma diferença entre demonstrações apodíticas e demonstrações dialéticas. Na Grécia postulava-se um conceito muito estrito de ciência. Os gregos atribuíam o caráter de cientificidade ao conhecimento da coisa tal como ela é; o que, por conseguinte, envolve a relação de causalidade e necessidade da coisa. Daí deriva o sentido universal do conhecimento ao qual se pode alcançar por meio da lógica analítica. A lógica analítica constrói suas demonstrações ao lançar mão de premissas verdadeiras extraídas a partir de um procedimento silogístico estrito. Portanto, as demonstrações científicas são apodíticas, e se opõem às argumentações retóricas, que são dialéticas. Os argumentos dialéticos são aqueles compartilhados pela comunidade e por ela aceitos, em razão de parecerem verdadeiros. É em razão disso, que a dialética apresenta-se como espécie de arte de trabalhar com opiniões opostas. A partir desse trabalho, desenvolve-se o diálogo entre as opiniões que se contrapõem num confronto procedimental crítico. Nesse sentido, se a analítica funda-se na ciência, a dialética deita suas raízes na prudência (FERRAZ JUNIOR, 1979).

Há, portanto, na obra de Viewehg, uma preocupação notável: a de superar a compreensão de que o Positivismo Jurídico estaria previamente convencionado, e que a aplicação do Direito Posto operava-se por meio da subsunção do fato à lei. E a inquietação de Viewehg é compreensível². (FERRAZ JUNIOR, 1979).

O jurista alemão, que, também, fora juiz, encontrava-se desempregado no pós-guerra. Para sobreviver Viewehg mudou-se para um local próximo de Munique, onde vivia entre campônios. Próximo à sua casa, existia um claustro, onde o jurista alemão descobrira uma biblioteca conservada e intacta. Após conseguir a autorização dos monges, Viewehg iniciara suas pesquisas a partir das linhas mestras que já haviam sido formadas desde a época em que era estudante (FERRAZ JUNIOR, 1979).

Com paciência, silêncio e reflexão, o jurista alemão de que estamos a tratar dedicou-se a um levantamento bibliográfico, cujo resultado foi *Tópica e jurisprudência*; uma obra que

² Viewehg fora influenciado pelos seminários de Nicolai Hartmann que frequentou em Berlim antes da eclosão da Segunda Guerra Mundial (FERRAZ JUNIOR, 1979). Por esta razão, a tópica foi o primeiro movimento desenvolvido para superar a Jurisprudência dos Interesses, e abrir caminho à construção da Jurisprudência dos Valores.

apresentou como sua tese de livre-docência, quando da reabertura da Universidade de Munique. Não sem razão, a obra de Viewheg combinou sabiamente as experiências do juiz que ele fora, com o espírito científico dos seus professores, sobretudo, Hartmann e Emge, além, das virtudes monacais por ele assumidas àquela época (FERRAZ JUNIOR, 1979).

Podemos sustentar, portanto, que *Tópica e jurisprudência* pode ser considerada a primeira obra a tratar no Século XX do Pensamento Problemático ao oferecer uma nova compreensão do Positivismo Jurídico, sobretudo, no âmbito das teorias da argumentação Jurídica.

2 A CRÍTICA AO POSITIVISMO NORMATIVISTA DE KELSEN

De acordo com Thomas da Rosa Bustamante (2004), a obra de Hans Kelsen pode ser considerada o último projeto do Positivismo na Alemanha. O traço de *Teoria pura do direito* é, sem dúvida, sua pureza metodológica. Significa dizer que a análise atinente à ciência do Direito deve isentar-se de quaisquer interesses, paixões, preconceitos de ordem política e ideológica. Assim sendo, o objeto de estudo da ciência jurídica se desenvolve em uma perspectiva estrutural do ordenamento jurídico, de modo que o jurista deve afastar-se do conteúdo normativo do Direito.

Para Kelsen, que pertenceu ao Círculo de Viena, a norma jurídica não vale em razão do seu conteúdo. A Jurisprudência não é uma ciência descritiva dos fatos, nem está apta a investigar sua ligação causal. Em razão disso, a Jurisprudência é considerada, sob a perspectiva doutrinária, uma das formas puras do Direito. Kelsen imagina um escalonamento normativo, de modo que a norma superior determina o seu órgão de aplicação e o processo de aplicação da norma inferior, determinando desse modo, mais ou menos, o conteúdo dessa norma (BUSTAMANTE, 2004).

Na sua teoria da interpretação, Kelsen se volta contra a doutrina tradicional, que aceita o postulado de que a lei a ser aplicada ao caso concreto não pode oferecer mais do que uma decisão correta, afinal o fundamento da decisão é a própria lei. Entretanto, Kelsen não apresenta um critério viável que oriente a interpretação correta, porque se afasta de quaisquer posicionamentos orientados aos valores. A crítica à teoria de Kelsen surge no momento em que o juiz exerce o seu poder decisório acerca de qual das interpretações possíveis deve prevalecer. É nesse momento, que a valoração se faz necessária, porém Kelsen se recusa a apresentar os critérios acerca do o mínimo de racionalidade quanto à decisão a ser tomada. Portanto, a teoria normativista é incapaz de oferecer critérios para a valoração jurídica. Uma incapacidade que decorre de um ceticismo em relação a toda e qualquer forma de fundamentação que não se prove em caráter definitivo e inquestionável³ (BUSTAMANTE, 2004).

A teoria de Kelsen, justamente, por partir de premissas universais coloca a argumentação jurídica em segundo plano, e identifica equivocadamente Direito e Lei. Ora, o

³ Em termos universais.

Direito é um sistema normativo que regula a conduta humana. A lei, por sua vez, é um texto normativo que necessita de interpretação, e não se esgota na mera subsunção do fato social à lei, que é, em outros termos, um texto normativo que necessita de interpretação, isto é, de atribuição de sentido.

3 OS PRINCIPAIS POSTULADOS DA TEORIA DE VIEWHEG

O método de estudo antigo é uma herança da Antiguidade Clássica transmitida por Cícero, e é conhecido como retórico ou tópico. Seu ponto de partida é o senso comum. O método tópico enfoca aquilo que é verossímil, contrapondo pontos de vista, de acordo com os cânones da tópica retórica (ROBERTO, 2003).

O método de estudo moderno, chamado de crítico, teria sua origem em Descartes, e se caracteriza pelo fato de partir de um *primum verum*, que não se pode eliminar, nem mesmo, pela dúvida, e desenvolve-se por meio de longas cadeias dedutivas, assim como na Geometria (ROBERTO, 2003).

Há duas hipóteses formuladas por Viehweg para a contribuição da tópica no âmbito do Direito: a primeira é a de que a jurisprudência desenvolvida desde a Antiguidade romana corresponde estruturalmente à tópica; a segunda hipótese consiste na afirmação de que a tópica pode repercutir positivamente na jurisprudência (ROBERTO, 2003).

Tópica é um dos seis livros de Aristóteles, que, posteriormente, seriam reunidos no *Organon*. Nesses livros, o que existe de comum, é a preocupação em se estudar os instrumentos (*organon*) mentais necessários para enfrentar qualquer tipo de investigação. Esse termo é considerado um patrimônio intelectual da cultura mediterrânea conhecido com o nome de *euresis*, *inventio*, *ars inveniendi*, etc. (ROBERTO, 2003).

Para Aristóteles, o raciocínio pode ser apodítico (*apodexis*), quando partir, primeiramente, de proposições verdadeiras, ou daquelas cujo conhecimento procede, por sua vez, de proposições primeiras, ou verdadeiras. Por outro lado raciocínio será dialético, quando for obtido por meio de proposições conforme as opiniões aceitas (ROBERTO, 2003).

Ambos os raciocínios são formalmente corretos. O que os distingue é a natureza de suas premissas. Enquanto no raciocínio apodítico tem-se premissas verdadeiras, no raciocínio dialético, as premissas são opiniões verossímeis, que parecem verdadeiras, e que devem contar com a aceitação da comunidade (ROBERTO, 2003).

A tópica tem lugar no campo da dialética, entendida como a arte da discussão. A discussão só faz sentido, quando nos deparamos com a falta de um caminho, isto é, com uma aporia – uma situação problemática, que não se pode eliminar, ou seja, quando ficamos de frente

com um problema. A tópica é, nesse sentido, a técnica do pensamento problemático (ROBERTO, 2003)

3.1 A Tópica na História da Jurisprudência

Viehweg inicia sua análise a partir do Direito Romano (*IUS CIVILE*). Sob a perspectiva de Viehweg, o jurista romano colocava um problema e, logo, tratava de encontrar argumentos a fim de solucioná-lo (ROBERTO, 2003).

Viehweg estuda a utilização da tópica na Idade Média pelos glossadores e pós-glossadores. Tanto a jurisprudência medieval, quanto o *IUS CIVILE* orientavam-se para o problema, portanto, era necessário desenvolver uma técnica adequada, para a solução dos problemas, a saber: a tópica (ROBERTO, 2003).

Viehweg analisa, também, as contribuições que Leibniz deu à jurisprudência por meio de sua obra “*Dissertatio de Arte Combinatória*”. Nesse trabalho, Leibniz reconhece a importância da tópica para a jurisprudência. Entretanto, pretende controlar sua utilização. A tentativa de focar a obra sob a perspectiva matemática mostra o esforço de Leibniz para concordar o tradicional estilo de pensamento da Idade Média com o espírito matemático do Século XVII (ROBERTO, 2003).

Viehweg tentou eliminar completamente a tópica, substituindo-a por um sistema. A cultura européia desejava fazer da jurisprudência uma ciência. Tratava-se naquele contexto jus-filosófico de condições teóricas. As condições históricas seriam dadas pelo processo de codificação. O sistema seria construído pelo legislador, e as respostas seriam extraídas desse sistema por meio de deduções (ROBERTO, 2003).

Não haveria, sob a perspectiva do pensamento sistemático, lugar para a tópica. As premissas seriam previamente dadas. Os problemas seriam solucionados e escolhidos pelo próprio sistema. Deste modo, Viehweg demonstra que a tópica nunca se afastou do modelo de ser da jurisprudência (ROBERTO, 2003).

Inicialmente, a tópica está presente na escolha dos axiomas ou dos conceitos gerais que compõem o sistema. Logo, são relacionados outros quatro momentos em que a tópica aparecerá em referência à interpretação (ROBERTO, 2003).

A tópica surgirá como instrumento hábil para eliminar contradições e adaptá-la às modificações do sistema social impostas pelo tempo, já que o sistema jurídico é constituído por uma pluralidade de sistemas. Em segundo lugar, a tópica será utilizada para preencher lacunas, pois se reconhece uma quantidade residual de casos sem solução dada pelo sistema. Além do mais, as palavras comportam vários significados (ROBERTO, 2003).

A tópica é utilizada a fim de que se compreenda a realidade, o estado de coisas. Jhering introduziu no Direito a idéia de interesse. Para se resolver uma questão, não é suficiente que se

aplique mecanicamente a norma ao caso. É necessário verificar os interesses em jogo (ROBERTO, 2003).

É preciso buscar uma composição para esses interesses. Enfim, é preciso buscar uma decisão justa para cada caso. Assim, mantém-se a devida atenção ao caso, e depois, procura-se solucioná-lo. Busca-se a solução a partir do problema – o que é característico da tópica. Portanto, Viehweg conclui que a tópica sempre esteve presente na jurisprudência (ROBERTO, 2003).

3.2 A Tópica e Suas Possibilidades

A primeira possibilidade da tópica consiste em permitir que a jurisprudência não perca o contato com a realidade. O pensamento sistemático opera uma seleção de problemas. O problema que não encontra solução no interior do sistema é um falso problema, que deve ser descartado. Isso faz com que a aplicação do Direito se torne cada vez mais mecânica. Já o pensamento problemático, característico da tópica, tem como ponto de partida, um problema. É, somente a partir de um problema específico, que se buscam os *topoi* adequados à sua solução (ROBERTO, 2003).

A segunda possibilidade da tópica refere-se à caracterização do Direito, como prudência, e, não, como ciência. Podem-se elencar outras possibilidades da tópica, a saber: a valorização da participação dos interessados no discurso, para se chegar a uma solução razoável para o problema; a fertilidade, principalmente, em realidades complexas, e nas situações em que várias fontes concorrem para reger um caso concreto determinado que o Direito deve solucionar (ROBERTO, 2003).

4 AS CONTRIBUIÇÕES DE VIEWHEG PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os teóricos da Argumentação Jurídica reconhecem a importância da tópica para suas formulações. Dentre eles, destacam-se Robert Alexy e Manuel Atienza. Para esses juristas, a obra de Viehweg representou um divisor de águas na Teoria do Método Jurídico, pois sua crítica ao formalismo foi veemente. Ao lado da crítica, Viehweg ofereceu um novo instrumento para a aplicação do Direito, na medida em que resgatou a técnica do pensamento a partir de problemas – que é a tópica. Além do mais, as reflexões de Viehweg foram o ponto de partida para as Teorias da Argumentação Jurídica que dominam a discussão metodológica atual (ROBERTO, 2003).

Por fim, as reflexões de Viehweg permitem estabelecer uma conexão entre a Tópica e as normas jurídicas que veiculam os Direitos Fundamentais, notadamente, os princípios, compreendidos de acordo com Robert Alexy (2008) como mandados de otimização e balizados

pelo princípio, ou máxima da proporcionalidade desdobrada na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito, ou como conhecemos, o sopesamento no caso em que há colisão de Direitos Fundamentais; o que nos leva ao encontro do modelo teórico que postula a eficácia indireta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares como o mais adequado para explicar a realidade, brasileira sob a perspectiva do Direito como fenômeno jurídico e como sistema normativo de regras e princípios.

Por esta razão, o modelo de regras e princípios é o mais adequado, pois as regras são mandados definitivos, isto é, são aplicáveis ou não ao caso concreto. As regras, por assim dizer, são comandos normativos extraídos dos princípios, seja no âmbito da Constituição ou da legislação infraconstitucional. Os princípios são comandos normativos gerais, ou cristalizações de normas que se incorporaram por peio da positivação na Constituição de 1988 em razão da construção histórica do Estado brasileiro, a partir da constante tensão dialética entre a Constituição ideal e a Constituição normativa. A Constituição é a norma fundamental de constituição do Estado. Disso deriva a força normativa da Constituição, e, também, a compreensão de que a Constituição é e deve ser normativa, como postula Konrad Hesse (1991).

Estas são as razões pelas quais a tópica pode oferecer um caminho para a solução dos problemas que em princípio, não estão codificados. Afinal as relações jurídicas entabuladas entre o Estado e os indivíduos no plano da eficácia vertical dos Direitos Fundamentais, e entre os indivíduos propriamente ditos, isto é, no plano da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é complexa demais para se esgotarem em códigos prontos e acabados. Não há direitos, e não existem sujeitos de direitos desvinculados da história, que se desenvolve no tempo e no espaço, isto é, em um contexto histórico-social.

Há, também, outra questão a ser enfrentada: a de que o Positivismo Jurídico se esgotaria em convencionalismos. Ora, ao reconhecer a força normativa dos princípios constitucionais que veiculam o conteúdo dos Direitos Fundamentais, esses comandos normativos constitucionais submetem-se a um processo de “filtragem” pelo legislador infraconstitucional, como postulado por Otávio Luiz Rodrigues Junior (2019). Isto nos leva a postular que o modelo da eficácia indireta dos Direitos fundamentais é o mais adequado para delimitar o conteúdo, as restrições e a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, e, por conseguinte, a autonomia científica, tanto do Direito Constitucional, quanto do Direito Civil.

4.1 A Opção Metodológica da Eficácia Indireta dos Direitos Fundamentais para regular as relações entre particulares

Otávio Luiz Rodrigues Junior (2010) afirma que a panprincipiologia propugnada pelos defensores do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo contribuem para um enfraquecimento acerca da compreensão da eficácia dos Direitos Fundamentais no âmbito do Direito Civil. Orientados por uma “nova corrente de pensamento” pós-positivista, a leitura dos Direitos Fundamentais sofre manipulação para que se releiam certas categorias jurídicas ou de

princípios do Direito Civil, como é o caso da função social da propriedade. E a teoria interna dos Direitos Fundamentais é a mais invocada para essa finalidade. Outro caso recorrente é a banalização e a hipertrofia do sentido da cláusula constitucional da dignidade humana na jurisprudência brasileira.

A Constituição apresenta-se como produto que decorre dos movimentos teóricos que estabelecem a constituição, e a integração do Estado a partir da hierarquia entre as normas constitucionais. A virada do pensamento que compreendia o Estado como elemento de direção política, para a compreensão da Constituição como documento dotado de eficácia jurídica que potencialmente regula a realidade histórica e social ainda que existam descompassos com os fatores reais de poder é o que se denomina força normativa da Constituição como postulado por Hesse (1991) e endossado por Otávio Luiz Rodrigues Junior (2010). Há uma tensão interna e dialética no âmbito do Direito Constitucional entre a Constituição real e a Constituição Normativa, que regula o procedimento legislativo das normas infraconstitucionais.

Hesse (1991) conseguiu unificar o conteúdo e a forma do Direito Constitucional, no sentido de resgatar sua autonomia científica, e também, a autonomia científica do Direito Civil. Em outros termos, resgatou os ideais da Constituição de Weimar, e os postulados de Ferdinand Lassale (2001), a saber, os fatores reais de poder, e os de Hans Kelsen (2006), a saber, a necessidade de que o Estado em sua perspectiva estrutural se constitua por meio de um escalonamento normativo em que é a Constituição, o documento em que os Direitos Fundamentais estão positivados. Assim sendo, é a partir dela que o legislador infraconstitucional está autorizado a legislar no âmbito do Direito Civil, sem que o conteúdo do Direito Constitucional e do Direito Civil sejam mutuamente contaminados.

Afinal, sob a perspectiva dialética entre a Constituição real e a Constituição normativa, postulada por Hesse e por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, com a qual concordamos, é o que nos permite reconhecer simultaneamente as autonomias científicas do Direito Constitucional e do Direito Civil regidos por comandos normativos que lhes são peculiares.

Lembremo-nos de que o Direito é um fenômeno jurídico histórico e cultural situado no tempo e no espaço. Assim sendo, podemos reler os institutos do Direito Civil a partir da Constituição e dos valores que ela normatiza em seu texto, que permita, que no âmbito da Jurisprudência brasileira, haja não uma desfiguração da Constituição e do ordenamento jurídico. Estamos a falar da mutação constitucional, isto é, da constante capacidade que a Constituição de 1988 tem, para regular a vida quotidiana da sociedade civil, a partir da releitura dos valores constitucionais irradiados para o Direito Civil, sem que a Constituição se transforme em uma parte geral de todo sistema normativo de regras e princípios que o Direito é. Esta, portanto, é uma definição jurídica do Direito.

As normas que veiculam Direitos Fundamentais são essencialmente normas de princípio que historicamente cristalizaram-se na história institucional do constitucionalismo brasileiro, e

cujo conteúdo embora esteja disciplinado por uma tábua axiológica, só pode ser preenchido a partir das circunstâncias de cada caso concreto que se submete à apreciação do Poder Judiciário. Outra conclusão a que chegamos, é que a Tópica de Viewheg é o que permite o desenvolvimento da argumentação jurídica para que nos casos que não estejam regulados pelo Código Civil, e pelos microssistemas que lhe são correlatos, os chamados casos difíceis sejam solucionados a partir do próprio ordenamento jurídico, em que o pensamento problemático tópico e o pensamento sistemático não se excluem, mas estabelecem entre si uma relação dialética que se protraí no tempo e no espaço, para regular os comportamentos da sociedade civil.

Portanto, é a relação dialética entre a idealidade da norma jurídica e a realidade fática que ela deve regular o que permite uma constante releitura dos Direitos Fundamentais e do Direito Civil no contexto histórico da Constituição compreendida como ordem objetiva de valores⁴ que constitui o Estado brasileiro, e permite a delimitação dos poderes por ela instituídos, bem como a regulação das relações jurídicas entabuladas entre o Estado e o particular, e dos particulares entre si.

Estamos a dizer, que a finalidade do Direito como fenômeno jurídico, e como sistema normativo de regras e princípios que regulam o comportamento humano, está a nos cobrar o compromisso com a concretização da vontade de Constituição, que por essa razão constitui o Estado a partir da regulação dos fatores reais de poder normatizados pelos princípios constitucionais, e pelos comandos normativos do Direito Civil. Esta, portanto é uma tarefa diária de todos nós, titulares das iguais liberdades fundamentais no contexto histórico contemporâneo do Estado de Direito, em que o que buscamos é o reconhecimento e a concretização dessas liberdades fundamentais a todos na maior medida possível, isto, é, a concretização do bem comum.

CONCLUSÃO

A Tópica é um método de interpretação do Direito, uma técnica de pensamento por problemas e um estilo de pensamento, na medida em que permite a problematização da natureza jurídica dos institutos tanto do Direito Constitucional, quando do Direito Civil. Sob a perspectiva pragmática, a tópica permite ao intérprete do texto legislativo refletir acerca das

⁴ Hesse conseguiu estabelecer uma conexão entre a metafísica kantiana e os fatores reais de poder definidos por Lassale, refundamentando, desse modo, os ideais da Constituição de Weimar, cujo conteúdo foi desfigurado pelo Nacional Socialismo. No Pós Guerra, com a consolidação da lei Fundamental de Bonn em 1949, a pessoa humana passa a ter projeção, e ocupa posição de destaque, pois passa a ser tutelada como centro do ordenamento jurídico, o que permite que os códigos disciplinem os Direitos da Personalidade. De acordo com Cleyson de Moraes Mello (2013), os direitos da personalidade, regulados pelo Direito Civil são constituídos pela estrutura fundamental, básica do homem, isto é, são inerentes aos seus atributos essenciais, sejam eles físicos, psíquicos, morais, incluindo-se, também sua projeção social, tais como o direito à vida, à integridade psicofísica, a honra, a intimidade, o nome, à reputação, ao repouso, ao descanso, ao sossego, e ao ambiente de vida humana sadio e ecologicamente equilibrado, o direito à sexualidade, à qualidade de vida. Por esta razão, os Direitos da Personalidade são nas palavras do civilista em questão, extrapatrimoniais. Significa dizermos que em caso de colisão com direitos patrimoniais, ou suscetíveis de apreciação econômica, em regra, os direitos da personalidade têm prevalência.

circunstâncias do caso concreto, a partir do cotejo da idealidade do texto normativo positivado, seja na Constituição, no Código Civil, ou nos microssistemas que com ele se relacionam, para permitir que diante dos argumentos apresentados pelas partes do discurso, o Judiciário consiga solucionar o caso concreto, com a finalidade de pacificar o conflito de interesses, e permitir, assim, a pacificação social.

As normas que veiculam Direitos Fundamentais são essencialmente normas de princípio, que historicamente cristalizaram-se na história institucional do constitucionalismo brasileiro, e cujo conteúdo embora esteja disciplinado por uma tábua axiológica, só pode ser preenchido a partir da análise das circunstâncias de cada caso concreto que se submete à apreciação do Poder Judiciário.

Outra conclusão a que chegamos, é que a Tópica de Viewheg permite o desenvolvimento da argumentação jurídica para que nos casos que não estejam regulados pelo Código Civil, e pelos microssistemas que lhe são correlatos, os chamados casos difíceis sejam solucionados a partir do próprio ordenamento jurídico em que o pensamento problemático tópico e o pensamento sistemático não se excluem, mas estabelecem entre si uma relação dialética que se protraí no tempo e no espaço, para regular os comportamentos da sociedade civil.

Isto é possível a partir da compreensão de que o pensamento problemático da Tópica e o Pensamento Sistemático não se excluem, mas estabelecem entre si, uma relação dialética, que nos leva a postular o reconhecimento da força normativa da Constituição, e, simultaneamente, o seu caráter normativo no âmbito do Direito infraconstitucional, para permitir uma constante releitura dos institutos do Direito Civil por meio da eficácia indireta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares a partir da vontade inesgotável da Constituição, isto é, da necessidade da Constituição para o próprio Estado e para a sociedade civil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Vigilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Tópica e argumentação jurídica. **In: Revista de informação legislativa**. Brasília a. 41 n. 163. Jul./Set 2004. P. 153-166.

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

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Trad. Walter Stönnner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MELLO, Cleyson de Moraes. Direitos da personalidade. **In: Direito e pessoa: estudos em homenagem à Professora Elena de Carvalho Gomes COELHO**. Nuno Manoel Morgadiho dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (Coord.). Juiz de Fora: Editar, p. 57-67.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Teoria do método jurídico: A contribuição de Theodor Viewehg. **In: Direito civil: Atualidades**. FIÚZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Belo Horizonte. Del Rey, 2003, p. 79-92.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporânea na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum** – Belo Horizonte v. 5- n.2 p. 13-52 – jul./dez. 2010.

_____. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.