VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

HERMENÊUTICA JURÍDICA

GRASIELE AUGUSTA FERREIRA NASCIMENTO

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

JOANA MARIA MADEIRA DE AGUIAR E SILVA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H553

Hermenêutica Jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Grasiele Augusta Ferreira Nascimento; Joana Maria Madeira de Aguiar e Silva; José Alcebiades De Oliveira Junior – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-493-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Interpretação. 3. Normas jurídicas. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Hermenêutica Jurídica” contou com a apresentação de três trabalhos no VII Encontro Internacional do CONPEDI, propiciando debates e discussões sobre a temática proposta.

O Encontro, realizado nos dias 7 e 8 de setembro de 2017 na cidade de Braga, Portugal, foi promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em parceria com a Universidade do Minho (UMinho), através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

Esperamos que a presente obra propicie ao leitor importantes reflexões sobre os temas abordados.

Boa leitura!

Profa. Dra. Grasiele Augusta Ferreira Nascimento - Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL)/Universidade Estadual Paulista (UNESP)

Prof. Dr. José Alcebiades De Oliveira Junio - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Joana Maria Madeira de Aguiar e Silva- Escola de Direito da Universidade do Minho

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS INFLUÊNCIAS DA ESCOLA TÓPICA PARA O DESENVOLVIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

THE INFLUENCES OF THE TOPIC SCHOOL FOR THE DEVELOPMENT OF NEOCONSTITUTIONALISM

Gabriela Martins Carmo [1]
Renata Albuquerque Lima [2]

Resumo

O trabalho visa estudar as influências da Escola Tópica no desenvolvimento do Neoconstitucionalismo. Para tanto, foi feita uma análise do histórico e das características de ambos. Dessa forma, verificou-se que a Tópica repercutiu de forma relevante no Neoconstitucionalismo, por se mostrar favorável a problematizações, à dialética e favorecer o confronto de argumentações. Assim, em que pese anteriormente a escola Tópica estar esquecida, ela atualmente está sendo muito utilizada na disseminação do Neoconstitucionalismo. Como metodologia, a pesquisa foi realizada de forma bibliográfica e qualitativa.

Palavras-chave: Escola tópica, Neoconstitucionalimso, Influências, Hermenêutica, Pós-positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

The work aims to study the influences of the Topical School in the development of Neo constitutionalism. For that, an analysis of the history and characteristics of both was made. In this way, it was verified that the Topical School had an important repercussion in Neoconstitutionalism, because it was favorable to problematizations, to the dialecticity and to the confrontation of arguments. Thus, although previously the Topical School is forgotten, it is currently being widely used in the dissemination of Neoconstitutionalism. As a methodology, the research was carried out in a bibliographical and qualitative way.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Topical school, Neoconstitucionalism, Influences, Hermeneutics, Post-positivism

---

[1] Mestranda em Processo e desenvolvimento pela Unichristus

[2] Pós Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza

INTRODUÇÃO

A Tópica surgiu oficialmente com Aristóteles em 300 a.c., recebendo também contribuições de Cícero em 44 a.c. Atualmente, ela foi estudada na perspectiva jurídica pelo filósofo alemão Theodor Viehweg, no período do pós segunda guerra mundial, surgindo como uma opção para a dicotomia do embate entre jusnaturalismo e juspositivismo.

Seu foco é criar afirmações verdadeiras que possam levar à verdade e à justiça. Essas afirmações, chamadas de premissas, unidas formariam os *topois,* uma espécie de lista de tópicos, em que cada tópico (ou seja, cada premissa), não teria hierarquia sobre os demais tópicos. Essa escola foi e é de extrema importância para os juristas, pois através de um estudo de problemas, pode se solucionar casos difíceis e polêmicos, sendo indiretamente utilizada até hoje.

Na segunda metade do século XX, ainda também nesse contexto de pós segunda guerra mundial e seus efeitos catastróficos, e o velho embate entre juspositivismo e jusnaturalismo, surgiu um momento no cenário jurídico: o pós positivismo. O positivismo e toda a sua excessiva legalidade, que indiretamente causou a grande guerra, estava falido ao passo que o jusnaturalismo era abstrato demais para ser efetivado e resolver os problemas vividos à época.

Nesse cenário de pós positivismo, surgiu um movimento jurídico que perdura até os dias atuais, o qual passou a estudar e valorizar a diferença de princípios e regras, e suas consequências, sendo responsável pela redemocratização de vários países. A esse momento tem-se chamado de neoconstitucionalismo.

O Neoconstitucionalismo, com o renascimento das constituições, repletas de cargas axiológicas, através não somente de regras mas também de princípios, (que, vale salientar, foram colocadas no centro dos ordenamentos jurídicos), concedeu a tão importante força normativa constitucional, de modo que elas passaram a influenciar todos os demais ramos do direito dos ordenamentos jurídicos.

O presente trabalho busca responder ao seguinte questionamento: Como a Tópica influenciou o desenvolvimento do Neoconstitucionalismo? O estudo deste tema se faz importante para que se analise mais detalhadamente as características e o funcionamento desses, e também, para demonstrar a importância que a esquecida escola Tópica possui até os dias atuais. Acredita-se que esta influência é que proporcionou o estudo de caso no Neoconstitucionalismo, impactando diretamente na visão que se tem das jurisprudências e precedentes judiciais.

Para tanto, o presente trabalho foi divido em três tópicos: O primeiro aborda a Tópica e seu histórico, estudando suas características, principais críticas e o motivo de seu esquecimento atual. O segundo tópico fala do Neoconstitucionalismo, de como surgiu, seus motivos, suas influências e seu uso difundido na atualidade.

O terceiro tópico, de título "As influências da tópica no neoconstitucionalismo", é o ponto central do trabalho, em que se busca dirimir ao questionamento feito anteriormente, fazendo a ligação entre esses, mostrando as "coincidências" históricas e características de ambas, apresentadas nos dois tópicos anteriores, defendendo a influências da Tópica.

Ao final do estudo, concluiu-se que a Tópica é uma escola de interpretação extremamente importante até os dias atuais, em que pese seja usada secundariamente, ou melhor, inconscientemente pelos juristas. Foi sua capacidade de problematizar que deu ao Neoconstitucionalismo essa ideia de pensar caso a caso, usando de sopesamento, princípios e valorações para resolver conflitos ou lacunas normativas.

1 TÓPICA: UMA ESCOLA ESQUECIDA PRESENTE ATÉ HOJE

A Escola Tópica é uma das escolas mais antigas da hermenêutica. Ela surgiu na Grécia antiga não sendo possível afirmar com precisão quando ou quem inventou esse método, porém o primeiro a compilar esses conhecimentos usuais e escrever um livro sobre eles foi Aristóteles.

Aristóteles (384 a. c – 322 a.c.), escreveu seu célebre livro " Tópica", sendo essa uma das obras do seu Organon, os escritos da ciência da lógica (VIEHWEG, 2006, p. 21). Essa obra foi criada para contra argumentar o método utilizado pelos retóricos e os sofistas. O filósofo criticava que estes se preocupavam apenas em chegar ao resultado da discussão, sem analisar as premissas que levariam a esta conclusão, como explica Viehweg (2006, p.22):

> Aristóteles segue neste intento. Ele, dentro de seu modo peculiar de falar e trabalhar, intenta extrair e assegurar pela primeira vez uma distinção do que é apodítico, em face do vasto terreno do que é só dialético. O primeiro ele assinala como o campo da verdade para a pretensão dos filósofos. O segundo [...] no disputar, e que é por ele assinalado como o terreno do meramente opinável, dos retóricos e sofistas.

É neste momento que ele propõe essa inversão de valores: uma preocupação maior com as premissas. É sabido que para se concluir algo sobre algum tema, a pessoa tem que possuir conceitos já pré-concebidos sobre aquela coisa, e, enquanto que os retóricos e os sofistas não se preocupavam se esses " pré-conceitos" eram verdadeiros ou não (argumentos

dialéticos), buscando apenas ganharem discussões através da conclusão sobre um tema. Aristóteles vem lembrar que sem uma análise dessas premissas serem ou não válidas, todo o restante da discussão torna-se contaminada.

Neste ponto, ele buscou dentro de um problema, premissas que seriam consideradas válidas por todos, por serem de senso comum ou emitidas por pessoas de notório saber, e as ordena dando a estes lugares comuns - o termo *Topoi* (NÓBREGA, 2014). Seu trabalho persegue a missão de criar um método de estabelecer conclusões a todos os problemas através dessas preposições opináveis para que se evite contradições em um discurso como expõe Viehweg (2006, p. 24):

> Aristóteles parte, portanto, da afirmação de que a tópica tem por seu objeto conclusões que decorrem de premissas que parecem verdadeiras com base numa opinião respeitável.[...] Além disso, a expressão *topoi* criada por Aristóteles aparece na Tópica pela primeira vez ao fim do primeiro livro.[...] Topoi são para Aristóteles , então, pontos de vista empregáveis em muitos sentidos aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor e contra ao opinável e podem conduzir a verdade.

O sucessor de Aristóteles no que se refere ao estudo da Tópica foi Cícero (106 a.c.-43 a.c.). Cícero possuía um amigo jurista romano chamado Trebatius, que lhe pediu que traduzisse as obras de Aristóteles. Assim, em uma viagem de navio, em 44 a.c., Cícero traduziu a Tópica de Aristóteles, e, como todos que fazem uma tradução, ele fez uma interpretação do texto original, lhe atribuindo uma função à tópica: tratando da invenção e formação do juízo (NÓBREGA, 2014).

Em que pese a tópica de Cícero tenha sido para muitos inferior a de Aristóteles, é inegável que ela trouxe esse enfoque inovador, muito útil para os juristas. Enquanto que o enfoque original de Aristóteles era a distinção entre apodítico e dialético, para o romano Cícero, a tópica seria a arte de encontrar os *topois* e aplicá-los na formação do juízo, ao explicar que toda teoria fundamental do discurso é formada por dois aspectos: o primeiro trata da invenção, e , o segundo, da formulação do juízo (ATIENZA, 2007).

Por tal inovação, a tópica de Cícero teve uma influência maior do que a Aristóteles, tendo o autor, formulado e aplicado um inventário de tópicos (de premissas) e não simplesmente elaborado uma teoria. Assim, a tópica passa a surgir no campo de invenção do argumento, sendo um argumento, uma razão útil para se esclarecer algo duvidoso (ATIENZA, 2007). Observa-se, assim, que a Escola Tópica, desde o seu início, buscava solucionar um problema em busca da “verdade”.

Se Cícero teve uma contribuição para os juristas, Viehweg, ao ressuscitar a Tópica quase mil anos depois, finalizou com louvor essa contribuição. Em 1953, ele publicou *Topik und Jurisprudenz,* cuja ideia principal era utilizar a tópica na prática jurídica. "Viehweg resgata a forma tópico-problemática da antiguidade clássica como uma outra forma de fundamentar o raciocínio. Ele reintroduz a argumentação como ferramenta do direito para a busca da decisão" (SCHALCHER, 2011, p.1).

Na realidade, sua teoria surge em um contexto de mundo pós guerra, em que se discutia acerca do positivismo e do jusnaturalismo. Seguindo uma tendência que as outras ciências estavam de buscar em formas antigas soluções novas, ele ressuscitou a tópica adaptando-a para o direito. Conforme Atienza (2007, p.69), Viehweg buscava:

> Segundo Viehweg seria necessária a axiomatização do Direito, o estabelecimento da proibição de interpretar normas, permitir o non-liquet, uma intervenção contínua do legislador, e estabelecer preceitos de interpretação dos fatos que se orientasse exclusivamente para o sistema jurídico. Como isso é impossível [...]. A jurisprudência aparece assim, como uma técnica que opera – topicamente dentro do sistema jurídico[...].O modelo tópico de jurisprudência por ele proposto, e que se basearia nos três pressupostos seguintes: 1) A estrutura total da jurisprudência só pode ser determinada a partir do problema; a aporia fundamental é o problema de determinar o que é justo aqui e agora. 2) As partes integrantes da jurisprudência seus conceitos e proposições , precisam ficar ligadas de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidas a partir dele . 3) Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados numa implicação que conserve a sua vinculação como problema. É preciso evitar qualquer outra.

Pode-se observar, portanto, que a tópica de Viehweg, de forma simplificada, consiste em fazer uma problematização sobre determinado assunto, chegando em sua conclusão. Para tanto, criam-se premissas, afirmações, e, nesse método, o foco está nelas, se são ou não válidas. Posteriormente, após a análise de validade, criam-se sistemas com essas premissas válidas.

Assim, se há várias premissas corretas, há vários sistemas, e, consequentemente, há várias possíveis soluções para o problema inicial, ou seja, para Viehweg, não existe uma resposta única e absoluta para um problema tal como ocorreria no raciocínio lógico dedutivo da matemática (MACHADO, 2014).

Trazendo para o âmbito jurídico, através da argumentação Tópica, poderia se chegar ao real sentido de uma norma, resolvendo questões como lacunas e antinomias, por exemplo, tendo esse método bastante utilidade no âmbito das jurisprudências e dos precedentes judiciais. "A tópica leva em consideração a dinâmica do direito, o que facilita a função da tópica de facilitar a aplicação do direito, delineado no justo e entrosado com a realidade social presente." (NAMIE, 2017, *online*)

Ademais, percebe-se que a Tópica possui quatros características: aberta, normativa, dialética e pragmática. Ela é aberta, pois promove a expansão do pensamento ao analisar as premissas, não possuindo conceito e método fechado de análise. É normativa, quando busca enumerar uma lista de *topois*. É dialética, pois promove um debate de ideias, e é pragmática já que analisa o significado de diferentes palavras em seus vários contextos.

É inegável a importância dessa Escola de pensamento, pois com essas caraterísticas e a ideia de problematização, ela perpassa todas as ciências, e torna-se fundamental para qualquer trabalho no âmbito jurídico por ser uma notória busca pela justiça. Porém, justamente por ser tão aberta que ela recebeu críticas. Autores como Alexy explicam que todos os conceitos (*topois*, premissas, justiça, problema) são muito vagos e abstratos, comprometendo assim toda a teoria apresentada por Viehweg, como explica Atienza (2007, p. 70):

> Para começar, por tópica, na obra de Viehweg e na de seus seguidores, pode-se entender pelo menos 3 coisas diferentes:1)uma técnica de busca de premissas; 2) uma teoria sobre a natureza das premissas e 3) uma teoria sobre o uso das premissas na fundamentação jurídica. A noção de problema é, na melhor hipótese, excessivamente vaga [...].O conceito de *topos* foi historicamente equívoco (e o é também nos escritos de Aristóteles e de Cícero) e é usado em vários sentidos: como equivalente a argumento, como ponto de referência para a obtenção de argumentos, como enunciados de conteúdo e como formas argumentativas.

Além disto, a Tópica inda recebe críticas no que tange ao fato de a sua metodologia induzir a um casuísmo ilimitado, já que cada problema tem um desfecho diferente, e, consequentemente, dá pouca importância a decisões anteriores e não valorizar devidamente a solução do problema em si (CHINELLATO, 2014, *online*).

De fato, os conceitos da tópica são abertos, abrangentes, porém, isso se faz necessário para que esta teoria funcione na prática. Ademais, não se tem como listar todas as premissas ou elencá-las com uma ordem de importância, pois como a Tópica estuda cada caso, cada problema, para cada um irá se aplicar determinadas premissas.

Esse cenário pode tornar um pouco abstrato o que essa escola de pensamento pretende, e, nesse viés, compreendem-se as críticas que ela recebeu, entretanto, não quer dizer que ela não seja extremamente importante ou que não tenha funcionalidade, e sim, apenas que essa visão aberta é uma característica da mesma, que já fora explicitada mais acima neste presente trabalho.

Infelizmente, essas críticas, somadas com a tendência de utilização do método cartesiano que se tinha na época, ofuscaram um pouco o brilhantismo da Tópica, porém, esta continuou e continua sendo utilizada no dia-a-dia pelos estudiosos de forma inconsciente. É

isso que torna essa escola de pensamento antiga e ao mesmo tempo atual, influenciando profundamente as características do neoconstitucionalismo, como se verá adiante, nos próximos tópicos.

2 O ADVENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E OS SEUS IMPACTOS NA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Para que se compreenda como a tópica influenciou o neoconstitucionalismo, faz-se necessário, primeiramente, que seja feito um panorama histórico do seu surgimento, conceito, essência e características, perpassando do embate de teorias jusnaturalistas e juspositivistas, pelo pós-segunda guerra mundial e o pós positivismo, até chegar no neoconstitucionalismo dos dias atuais.

No fim do século XVIII e começo do século XIX, o confronto entre as teorias jusnaturalistas e positivistas eram ferrenhos. De um lado, o jusnaturalismo defendendo que o direito é algo natural, que precede à normatização do homem, e que busca a justiça. De outro lado, o juspositivismo e seu apego à técnica, argumentando que o Direito surge com a normatização e buscando sempre a legalidade.

Desse embate, o jusnaturalismo começou a perder forças por se mostrar muito abstrato. Os conceitos que ele defendia eram considerados muito genéricos. Ademais, com a expansão da necessidade de codificação da legislação dos países, o juspositivismo ganhou notoriedade na Europa como explica Barroso (2005, *online*):

> O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX.

O positivismo se fortaleceu em especial na Alemanha, através de nomes como o de Hans Kelsen. Difundiu-se e valorizou o poder legislativo das nações. A ideia de que a lei deveria ser obedecida se sobrepôs à análise de se ela seria justa ou não, o que terminou por influenciar os regimes facistas e nazistas. Nas palavras de Maranhão (2009, p.1), “a ascensão do juspositivismo está jungida à crença exacerbada no poder do conhecimento científico (frio

e calculista), ao passo que sua decadência está ligada à derrota do nazi-fascismo, no século XX".

Com a devastação ocorrida na segunda guerra mundial, e a apuração da barbárie promovida pelo nazismo e pelo facismo, que era embasada nas leis de países como a Alemanha, percebeu-se que a ideia de seguir cegamente a legislação era um risco a todos. Os juristas começaram a estudar formas de incrementar as leis valores humanísticos, como expõe Sarmento (2009, p.2):

> Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. [...] As constituições européias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas.[...]

Essa necessidade de superar o positivismo abriu um caminho para a reflexão (ainda inacabada) da função social do Direito e de como estes deverão ser interpretados. A esse período nomeou-se pós-positivismo, que "busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito" (BARROSO, 2005, *online*).

Ocorreu aos poucos uma reconstitucionalização do Direito, com a criação de Constituições de caráter mais humano influenciadas, inclusive, pelas discussões ocorridas na ONU. Superou-se o modelo de constituição antigo na qual a Constituição era um documento político e "a concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador" (BARROSO, 2005, *online*). Ainda nas palavras do mesmo autor:

> A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã [03]), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subseqüente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

Uma maior força foi dada ao Poder Judiciário em detrimento à descrença generalizada no poder legislativo, e, "de mera boca que pronuncia as palavras da lei, como lhe

chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo" (SARMENTO, 2009, p.3). Começou a "era do ativismo judicial".

Com mais prestígio, o Poder Judiciário pôde interpretar as normas constitucionais de forma mais extensiva e abrangente. Isto fez com que as Constituições ganhassem ainda mais força levando a adoção de novas formas de leituras aos demais ramos do Direito, até porque as constituições surgiam com uma alta carga axiológica e caráter social, se debruçando sobre temas como economia, família, relações de trabalho, direitos individuais e políticos.

Essas mudanças sobre a visão constitucional geraram três grandes transformações do Direito Constitucional, que são definidas por Barroso (2005, *online*) como: "a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional."

Resumidamente, nesse período pós-positivista, o fenômeno acima descrito (que se denomina de Constitucionalização) proporcionou um estudo jurídico diferenciado, que agora, não buscava apenas analisar as normas, mas principalmente, os valores contidos nas normas constitucionais: os princípios, como explicita Sarmento (2009, p.3):

> Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas - são, em grande parte, princípios e não regras - a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes - freqüente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico - deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou freqüente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas.

Essa diferenciação entre princípios e normas e a forma de interpretação de cada um gera polêmicas até hoje. Diversos autores criaram teorias sobre o tema, como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luís Roberto Barroso. O presente trabalho não visa entrar no mérito delas. O objetivo neste ponto é apenas mostrar que o reconhecimento da força normativa dos princípios e sua diferenciação das regras é um dos principais (se não o principal) símbolo do pós- positivismo e o efeito disso, como explica Maranhão (2009, p.2):

> Aos princípios foi agregado o predicado da normatividade, ou seja, foi-lhe atribuída a capacidade de vincular, de conformar condutas.[...] Ao mesmo tempo em que receberam essa forte carga de normatividade, os princípios também foram alcandorados ao ápice, ao topo do ordenamento jurídico, alojando-se na intimidade

> da tessitura constitucional. Assim, além de juridicidade e normatividade, agora os princípios também passaram a deter supremacia no reino jurídico, na medida em que jungidos nada mais nada menos que à própria Carta Magna.

A Constituição como base do ordenamento jurídico e os princípios como norte fundamental. É com essa analogia que se pode tomar consciência do panorama de um movimento advindo do pós- positivismo: o neoconstitucionalismo. Essa terminologia surgiu na Europa, mais especificamente na Itália e na Espanha, e por volta dos anos 80, foi trazida e difundida no Brasil.

Neoconstitucionalismo, traduzido de maneira literal, reporta a essa ideia de novo constitucionalismo, de um constitucionalismo diferenciado, gestado pelo pós-postivismo. "As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade" (SARMENTO, 2009, p.3).

Seu objeto de estudo são especialmente os casos difíceis como explica o mesmo autor "o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os "casos difíceis" do Direito". O neoconstitucionalismo é a percepção de que o Direito possui a norma e ele precisa, nas questões práticas, equacionar para sopesar a racionalidade.

É bem verdade que este movimento não possui um só conceito, uma só definição, até porque seus doutrinadores possuem posicionamentos heterogêneos, porém possui características em comuns como expõe Ávila (2009, p.3):

> O "neoconstitucionalismo [...] possui, dentre outros que poderiam ser mencionados, quatros fundamentos: o normativo (da regra ao princípio) ; o metodológico (da subsunção à ponderação); o axiológico (da justiça geral à justiça particular) e o organizacional do poder legislativo ao poder judiciário). São esses fundamentos , inseparáveis no seu sentido , mas discerníveis no ponto de vista teórico [...]

Cada país busca a sua forma de construir o neoconstitucionalismo, e, portanto, obviamente, em alguns haverão algumas características citadas mais exacerbadas do que em outros, porém, essa é uma tentativa eficaz de operacionalizar, criar um método para o panorama jurídico atual. No Brasil, por exemplo, no que tange à característica normativa (gênero norma), a Constituição (ao contrário do que muitos imaginam), contém mais regras do que princípios (duas subespécies do gênero norma) .

Assim, pode-se resumir o neoconstitucionalismo como um movimento pós positivista, criado após a catástrofe da 2ª guerra mundial, que objetiva valorar mais a

constituição e sua interpretação permeada por todo o ordenamento jurídico, utilizando esta como base, e estudando a distinção de regras e princípios com o intuito de solucionar questões práticas, em especial os casos difíceis.

3 AS INFLUÊNCIAS DA TÓPICA NO DESENVOLVIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Como se explicou acima, a escola tópica ressurgiu no período pós 2ª guerra mundial para oferecer um caminho novo ao antigo embate entre jusnaturalismo e juspositivismo. Nesse período, que chamamos de pós-positivismo, ressurge também o fenômeno da constitucionalização que posteriormente originou o movimento do neoconstitucionalismo.

Ambos, aparecerem em um contexto em que os juristas buscavam teorias e formatos jurídicos inovadores para fugir das tragédias que o positivismo ajudou a causar na guerra. Pelo próprio marco histórico e motivo de surgimento deles (da tópica e do neoconstitucionalismo) percebe-se que eles possuem pontos comuns, e que a tópica, por vir antes, foi quem influenciou o neoconstitucionalismo.

Este momento crucial do trabalho busca-se responder a pergunta problema que originou esse estudo: De que forma a Tópica influenciou (e influência) o neoconstitucionalismo? A resposta mais visível a esse questionamento é: através das caraterísticas que ambas possuem em comum. E então surge outra dúvida: Quais são essas características que elas possuem em comum?

Como visto, a Tópica possui quatros características: é aberta, normativa, dialética e pragmática. Aberta porque não possui um conceito e um método fechado de análise dos casos, promovendo uma expansão e difusão das premissas. Levando-se em consideração que o Neoconstitucionalismo é um movimento que não possui um conceito e método único, e que existem diferentes correntes de pensamento dentro dele e , especialmente, que ele defende normas mais abertas, que dão margem à interpretação do aplicador da lei, percebe-se que o Neoconstitucionalismo também é aberto, como aduz Meira (2015, *online*):

> No modelo hermenêutico pós-positivista, marco filosófico do neoconstitucionalismo, o intérprete torna-se coparticipe do processo de criação do Direito – complementando o trabalho do legislador –, ao atribuir carga valorativa para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas dentre soluções normativas possíveis. Na visão pós-positivista, a norma em abstrato não contém todos os elementos necessários a sua aplicação. Há expressões de tessitura aberta (cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, como ordem pública, interesse social e boa-fé), que fornecem um mínimo de significação a ser completado pelo intérprete. Essas

> cláusulas abertas exigem a valoração de fatores presentes na realidade fática para definir o sentido e o alcance da norma.

Ademais, a Tópica é normativa, pois busca enumerar, descrever, "normatizar" a sua lista de *topois,* assim como o Neoconstitucionalismo que busca salvaguardar a força normativa da Constituição, já que este em resumo é "fruto de mudanças paradigmáticas contidas em estudos doutrinários e jurisprudenciais que enxergam a Constituição como centro do sistema jurídico" (MEIRA, 2015, *online*). Assim, o Neoconstitucionalismo também aposta na normatividade como uma forma de segurança jurídica para o ordenamento.

A terceira característica que ambos possuem em comum é que assim como a Tópica, o Neoconstitucionalismo também é pragmático, já que ao dar mais autonomia ao poder judiciário do que o legislativo, ele gera um novo paradigma de fusão entre o direito real e o pragmático, como explica Leite (2016, *online*):

> O neoconstitucionalismo teórico se origina da Constituição e, é concebido preocupado com a eficácia jurídica sendo por essa razão muito próxima do plano pragmático.A metodologia jurídica deve ser entendida como o conjunto de procedimentos técnicos de verificação de uma disciplina jurídica. Visa garantir o direito ao uso de técnicas eficazes que alcancem o resultado desejado. Em síntese, a metodologia pode ser entendida como meios específicos que melhor averiguam a teoria do direito. É uma verdadeira "prova dos nove".

Por fim, cabe ressaltar também que os dois promovem debate de ideias, analisando as possibilidades diante de um caso concreto, mostrando-se neste aspecto, ambos dialéticos também. Ademais, como afirma Júnior (2015, *online*):

> "sublinha-se que as críticas do positivismo ao neconstitucionalismo proporcionam uma relação de construção dialética na qual a crítica de um leva a formulação de uma contraresposta ao outro.[...] Em uma construção dialética, da crítica formulada pelo positivismo nasceu a crítica ao positivismo pelo neoconstitucionalismo. Para o neoconstitucionalismo a interpretação normativa positivista não serve para a interpretação constitucional."

Talvez possa ser mais fácil perceber essas características na tópica do que no Neoconstitucionalismo, pois ela tem por função ser um método interpretativo, enquanto que ele envolve mais aspectos , porém o movimento neoconstitucionalista também se caracteriza por buscar um formato de interpretação constitucional diferenciado (como bem restou caracterizada em uma das citações de Luis Roberto Barroso no tópico anterior deste trabalho).

Essa importância e semelhança se dão porque tanto a escola tópica quanto o movimento Neoconstitucionalista possuem o mesmo objeto: os estudos de casos específicos. Ambos buscam uma análise detalhada*, sopesando* e *ponderando* a utilização de determinadas

normas (ou premissas) em detrimento de outras diante de um caso específico. Ou seja, assim como a tópica, o caso concreto é o ponto fundamental do neoconstitucionalismo como aduz Moreira (2008, *online*):

> Hoje, em uma concepção neoconstitucional, ponderação e unidade constitucional convivem, harmoniosamente, trabalhando-se as duas até em um mesmo caso concreto, sem qualquer prejuízo.[...] O terceiro sentido da interpretação conforme a Constituição é verificado somente no caso concreto, quando, excepcionalmente os efeitos da regra são retirados, por uma situação excepcionalmente não prevista (post factum).

Sintetizando, eles não buscam criar uma teoria una, ao invés disso, eles buscam formas de interpretação através de valores (premissas, no caso da Tópica, e, princípios, no caso do neoconstitucionalismo), que sirvam para ao final se encontrar uma resposta diante de casos difíceis, como aduz Meira (2015, *online*):

> O constitucionalismo contemporâneo notabiliza-se, como já afirmado, pela incorporação expressa de princípios ao texto constitucional, que passam a deter função normativa. Os princípios, diferentemente das regras, não enunciam comandos descritivos de condutas, mas valores que indicam finalidades públicas a serem realizadas por diferentes meios. Como os princípios tem maior densidade axiológica que as regras (mas menor densidade jurídica), transfere-se ao intérprete uma dose mais elástica de discricionariedade. A ele não cabe apenas aplicar o direito numa operação de simples **subsunção**; compete-lhe uma tarefa muito mais profunda, de integrar o trabalho do legislador, imprimindo, na solução encontrada, muito de seus valores e da sua experiência. O intérprete passa a trabalhar com outros modelos hermenêuticos, como a **ponderação** e a **argumentação**.

E nesse ponto, a Tópica tem uma função incrível no neoconstitucionalismo: a produção de jurisprudências, pois como explica (MEIRA, 2015, *online*) no neoconstitucionalismo "outras categorias hermenêuticas tiveram que ser construídas para dar resposta satisfatória aos conflitos axiológicos que se tornaram cada vez mais frequentes. Deflagrou-se, então, um processo de elaboração doutrinária e jurisprudencial". Esse modo de pensar diferenciado da tópica, de caso em caso, é o que possibilitou que a existência das jurisprudências como temos hoje.

Assim, sintetizando, o momento histórico de ressureição da Escola Tópica e da criação do neoconstitucionalismo fez com que a Tópica o influenciasse profundamente através das suas características em comum (modelo aberto, normativo, paradigmático e dialético) , em especial na criação do que hoje entendemos por jurisprudências, pois ambos possuem o mesmo objeto de análise: o caso concreto. Assim, a Escola Tópica, esquecida por muitos é na prática indiretamente utilizada por todos com a condensação do movimento neoconstitucionalista.

CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou analisar as influências da Escola Tópica no movimento do Neoconstitucionalismo, analisando o histórico e as caraterísticas de ambos, e, perceber como essa antiga Escola se faz presente indiretamente através do neoconstitucionalismo nos dias atuais.

A Tópica é uma escola antiga, que surgiu oficialmente com Aristóteles, cerca de 300 a.c. , com o livro *Topik*, uma das obras do *Organon*. Aristóteles a definia como a busca por premissas que levassem à verdade, e seu método era através da problematização se chegar a essas premissas. Ele reunia essas premissas e as agrupava nos *topois*, uma espécie de listagem onde se guardariam as afirmações verdadeiras.

Posteriormente, a Tópica de Aristóteles foi aperfeiçoada por Cícero, que, em busca de traduzir o clássico livro de Aristóteles para seu amigo jurista Trebatius, trouxe esse método hermenêutico para o Direito, através de uma reflexão sobre invenção e formulação de juízo. Essa escola aos poucos caiu no esquecimento tendo sido "ressuscitada", no pós segunda guerra mundial por Viehweg, numa busca de fugir da discussão dicotômica entre jusnaturalismo e juspositivismo.

Esse período do pós segunda guerra mundial, foi determinante para a mudança paradigmática do mundo jurídico. Os efeitos catastróficos da Guerra, e mais especificamente do Nazismo e do Fascismo, fez a comunidade jurídica pensar acerca dos riscos de se seguir leis cegamente , sem dar uma margem de interpretação valorativa para seu conteúdo. A essa fase nomeou-se de pós-positivismo.

No pós-positivismo se buscava uma forma de reintroduzir valores humanísticos no Direito, e assim, surgiu o Neoconstitucionalismo, renascendo as constituições, dessa vez com grande carga axiológica, através dos princípios, e colocando-as no centro do ordenamento jurídico de cada país de modo, e, com toda a sua força normativa, permeá-las por todos os demais ramos do direito.

O Neoconstitucionalismo nasce com as mesmas características da Tópica: caráter aberto, normativo, pragmático e dialético. Aquela é influenciada por essa por a Tópica ter vindo anteriormente e por ambas possuírem o mesmo objeto de estudo: o caso concreto. É nessa ideia de estudo específico, de caso a caso, através da problematização que deu origem às jurisprudências (e precedentes) como conhecemos hoje.

Dessa forma, este trabalho concluiu que a Tópica influenciou e influência o Neoconstitucionalismo por intermédio dessa técnica de estudo através dos problemas. Assim,

em que pese a escola Tópica seja esquecida por muitos, ela é atualmente utilizada, ainda que indiretamente, por todos, por intermédio das suas influências no Neoconstitucionalismo.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teorías da argumentacíon jurídica**. Cidade do México. Universidade Nacional Autônoma de México, 2007.

ÁVILA, Humberto. **"Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência".** 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO AVILA.pdf>. Acesso em: 19 maio 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 20 maio 2017.

CHINELLATO, Thiago. **Hermenêutica constitucional – método tópico problemático.** 2014. Disponível em: <https://thiagochinellato.jusbrasil.com.br/artigos/136366552/hermeneutica-constitucional-metodo-topico-problematico>. Acesso em: 17 maio 2017.

JÚNIOR, Dicesar Beches Vieira. **Neoconstitucionalismo: Definição, crítica e concretização dos direitos fundamentais.** 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/GABRIELA/Downloads/8007-21015-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

LEITE, Gisele. **O neoconstitucionalismo contemporâneo.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 154, nov 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18249&revista_caderno=9>. Acesso em 21 maio 2017.

MACHADO, Daniel Carneiro. **A tópica de Theodor Viehweg.** Revista Jus Navigandi**,** ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3970, 15 maio2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28467>. Acesso em: 20 maio 2017.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. **O fenômeno pós-positivista - Considerações gerais.** 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31884-37117-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 maio 2017.

MEIRA, Marcos. **O Neoconstitucionalismo e sua influência sobre a ciência processual.** 2015. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/artigos/73459/o+neoconstitucionalismo+e+sua+influencia+sobre+a+ciencia+processual.shtml>. Acesso em: 17 maio 2017.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação.** 2008. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_247.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

NAMIE, Leticia. **Hermenêutica Jurídica:** As três concepções do direito. 2015. Disponível em: <https://namieleticia.jusbrasil.com.br/artigos/386197683/hermeneutica-juridica>. Acesso em: 17 maio 2017.

NÓBREGA, Thalita Borin. **Um olhar sobre a tópica.** 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12599>. Acesso em: 17 maio 2017.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>. Acesso em: 20 maio 2017.

SCHALCHER, Tayana Wood. **A Tópica na argumentação jurídica segundo Theodor Wiehweg.** 2011. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6342/A-Topica-na-argumentacao-juridica-segundo-Theodor-Wiehweg>. Acesso em: 17 maio 2017.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência:** Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos- científicos. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.