

13**A CONTRIBUIÇÃO DA TÓPICA À INTERPRETAÇÃO
DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS****THE TOPICAL CONTRIBUTION OF THE INTERPRETATION OF THE
CONSTITUTIONAL RULES****Manoel Bernardino da Silva Filho*****Gilvan Mendonça dos Santos******Bruno Michael da Silva Pereira*******Lucas Paes Barreto Ferreira Torreiro de Carvalho********Roberto Alan Torres de Mesquita*********Ailton Alves do Nascimento*****¹⁵²**

RESUMO: No texto que se apresenta foram examinadas as principais contribuições teóricas que serviram de alicerce para a construção do positivismo jurídico e de sua sustentação como metodologia jurídica dominante durante o século XIX e nas primeiras décadas do século XX. Com o intuito de analisar qual a contribuição das escolas de raciocínios jurídicos para a consolidação do juspositivismo. Aventamos a compreensão de uma das mais refinadas construções teóricas da modernidade acerca do direito constitucional. Nesta análise, apesar de incipiente, acerca dos principais tópicos dos raciocínios contributivos para a afirmação do juspositivismo formalista como metodologia jurídica dominante durante o século XVIII e metade do século XIX foi posta as linhas principais das ideias dos principais autores, perpassando por uma análise da estrutura de suas teorias concretizadoras. Ao sustentar essas reflexões salientamos que o direito constitucional é um campo recente de raciocínio e seus problemas ainda estão esperando soluções práticas e teóricas que possam satisfazer a tarefa de concretização das normas constitucionais.

Palavras chaves: Hermenêutica. Juspositivismo. Raciocínio jurídico. Concretização do direito.

* Mestre em Direito Público (UFAL). Graduação em Direito (UFAL). Professor da Faculdade Cesmac do Agreste. E-mail: manoelb@gmail.com

** Mestrando em Linguística e Literatura (UFAL). Pós-graduação em Língua Portuguesa (FESL). Graduação em Direito (CESAMA). Graduação em Letras-Francês (UNEAL). E-mail: gilvan390@hotmail.com

*** Doutorando em Educação (UFAL). Mestrado em Diversidade Biológica e Conservação nos trópicos (UFAL). Graduação em Biologia (UFAL/Universidade de Coimbra). E-mail: brnmichae11@gmail.com

**** Estudante da graduação em Direito da Faculdade Cesmac do Agreste. E-mail: luc4s.adv@gmail.com

***** Mestre em Ciências da Educação pela Universidad Interamericana (PY)/Reconhecimento UNIFIEO (2017). Pós-graduação Lato Sensu em Ciências Criminais (CESAMA). Defensor Público do Estado de Alagoas. Professor da Faculdade Cesmac do Agreste.

***** Pós-graduação Lato Sensu em Direito Processual (CESMAC). Graduação em Direito (CESMAC). Procurador Jurídico Municipal dos Municípios de Campo Grande-AL e Olho D'Água Grande-AL. Professor da Faculdade Cesmac do Agreste.

ABSTRACT: In this text, the main theoretical contributions that served as a foundation for the construction of legal positivism and its support as a dominant legal methodology during the 19th century and the first decades of the 20th century were examined. In order to analyse the contribution of schools of legal reasoning to the consolidation of legal positivism. We venture to understand one of the most refined theoretical constructions of modernity about constitutional law. In this analysis, although incipient, about the main topics of the contributory reasoning for the affirmation of formalist juspositivism as a dominant legal methodology during the eighteenth century and half of the nineteenth century, the main lines of the ideas of the main authors were presented, passing through an analysis of the structure of his concretizing theories. By sustaining these reflections, we point out that constitutional law is a recent field of reasoning and its problems are still waiting for practical and theoretical solutions that can satisfy the task of implementing constitutional norms.

Keywords: Hermeneutics. Juspositivism. Legal reasoning. Law Realization.

Não há fatos eternos, como não há verdades absolutas.

(Friedrich Nietzsche)

1 INTRODUÇÃO

O trabalho de interpretação da norma jurídica se apresenta como uma tarefa de importância incontestável aos estudiosos do direito. A hermenêutica tem voltado os olhos à modalidade de interpretação da norma constitucional especialmente a partir o período que sucede à Segunda Guerra Mundial. A perplexidade oriunda das condições desumanas a que foram submetidas milhões de pessoas durante o período bélico não conseguiu esconder que o teor da filosofia juspositivista funcionou como substrato dos regimes de governo autoritários que se ergueram, em especial das ideologias capitaneadas por Benito Mussolini, na Itália, e por Adolf Hitler, na Alemanha¹⁵³ (BARROSO, 2009).

Tendo sido sustentado durante o período de afirmação da burguesia como classe dominante e durante todo o período de conformação da hegemonia de suas ideias, o positivismo jurídico entrou em crise justamente por não se adequar à realização dos interesses protegidos pela norma constitucional. Nesse contexto, a tópica surge como alternativa ao formalismo tradicional esclarecendo como uma atividade interpretativa ligada à solução de problemas concretos pode ser beneficiada através da consideração de

¹⁵³Apesar de a ideia inicial do raciocínio acerca da interpretação constitucional ter-se assentado, no ano de 1803, no caso *Marbury v. Madison*, Luiz Roberto Barroso concorda que apenas no período que sucedeu à II Grande Guerra é que essa ideia se propagou na tradição europeia continental. Diz o autor que essa “crise moral do positivismo e da supremacia da lei” foi ocasionada, em grande parte, pelo holocausto e a barbárie dos regimes fascista e nazista. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 273.

elementos que se aproveitam do elemento textual apenas como uma de suas referências, rompendo, dessa forma, com o voluntarismo exclusivo proposto pela escola da exegese.

No texto que se apresenta serão examinadas as principais contribuições teóricas que serviram de alicerce para a construção do positivismo jurídico e de sua sustentação como metodologia jurídica dominante durante o século XIX e nas primeiras décadas do século XX. Não se falará, no entanto, acerca do positivismo filosófico, apesar da importância do tema para a compreensão do positivismo jurídico. Subtrai-se esta tarefa em virtude dos objetivos desse texto: analisar qual a contribuição das escolas de raciocínios jurídicos para a consolidação do juspositivismo.

A seguir serão postos em discussão os principais aspectos da tópica e qual a sua relevância para a interpretação do direito constitucional. Para esse objetivo, as obras de Theodor Viehweg (2008) e de Friedrich Müller (2005, 2007) a respeito do tema serão alvo de algumas considerações. Óbvio que críticas possíveis às obras desses estudiosos poderão ser levantadas, mas nesse texto, apenas a contribuição para a mudança de paradigma no raciocínio jurídico por eles efetuada será considerada.

Para a realização do presente estudo, será fundamental a contribuição de Cláudio Pereira de Souza Neto (2002). Seus estudos acerca do juspositivismo e das técnicas de raciocínio propagadas pelas escolas histórica e da exegese fornecerão subsídios à argumentação que aqui se sustentará.

A identificação da superação das ideias de pureza do direito, da onipotência do legislador, do automatismo das decisões judiciais, do completismo e da coerência do ordenamento jurídico, da separação dos poderes como classicamente entendida e da possibilidade de enfrentamento das questões constitucionais a partir dos métodos canônicos de interpretação será seguida pela proposta da hermenêutica concretizadora de Friedrich Müller (2005), fortemente inspirada na tópica.

A tarefa que se pretende realizar não se satisfaz com as poucas páginas que se seguem e dificilmente se esgotaria em um tratado. No entanto, espera-se que esse artigo contribua para a compreensão de uma das mais refinadas construções teóricas da modernidade acerca do direito constitucional.

2 O RACIOCÍNIO JURÍDICO JUSPOSITIVISTA

Os argumentos que sustentavam a posição segura da metodologia inspirada pelo positivismo jurídico sofreram intensos ataques logo após aos acontecimentos desastrosos

experimentados pela humanidade na primeira metade do século XX. De fato, a disjunção entre o direito e a moral foi promovida em especial pelo normativismo kelseniano, mas encontra sua maior influência em escolas que estabeleceram uma espécie de raciocínio jurídico no qual se concluía que o conteúdo das proposições normativas já se encontrava no texto da norma. Fala-se aqui da Escola da Exegese e da Escola Histórica.

Norberto Bobbio (1999) ensina que na história de afirmação do positivismo jurídico como metodologia jurídica dominante no pensamento dos estudiosos e aplicadores do direito muitas foram as influências políticas e filosóficas que formaram o seu alicerce. Na verdade, constata-se que ao mesmo tempo em que os estados modernos estavam se firmando na história ainda sobre as ruínas do feudalismo, o direito sofreu mudanças paradigmáticas que refletiram nos últimos séculos repercussões ainda hoje bastante discutidas. Do direito natural ao positivismo jurídico, alterações radicais acabaram por culminar na ideia de que o direito posto pela autoridade estatal seria o único direito existente.

O movimento das codificações amplamente ligado ao ideário liberal adequava-se à unificação do direito estatal de maneira singular. O mais importante desses códigos – o Código de Napoleão – tinha por fundamento “a crença na possibilidade de um legislador universal e racional, capaz de editar leis convenientes para todos os tempos e lugares, que desse conta das exigências de um direito simples e unitário” (SOUZA-NETO, 2002). O conjunto de ideias dos revolucionários tratam de fornecer o substrato teórico que alimentaria a institucionalização de um direito secular que seria um dos pilares de justificação do liberalismo político.

As codificações que se processaram a partir do século XVIII tinham o interesse explícito de minar as estruturas perversas do Antigo Regime e assim procederam em nome de uma classe social emergente – e com sua ampla participação – que estenderia seu poder político nos anos que se seguiriam.

Constata-se que foi na primeira metade do século XIX que o direito começou a perder as características impressas pelos juristas que professavam o jusnaturalismo como metodologia jurídica adequada à realização do direito. O racionalismo derivado do pensamento cartesiano encontrou no historicismo um movimento filosófico cultural que debilitaria progressivamente as bases sacras do direito natural (BOBBIO, 1999).

No campo do direito, uma corrente de pensadores – com destaque para os alemães – adotou os pressupostos do historicismo filosófico e acabou por caracterizar um

conjunto basicamente homogêneo de ideias que carrega a insígnia de *escola histórica*. Passar-se-á, adiante, a efetuar uma breve análise acerca das principais noções representativas dessa escola.

2.1 A escola Histórica

As avaliações desfavoráveis elaboradas pelos críticos adeptos da escola histórica ao direito natural na Alemanha, especialmente por Savigny, criaram um estado propício à afirmação do juspositivismo como metodologia jurídica dominante até meados do século XX. Dentre as características do raciocínio empreendido pelos estudiosos propagadores das ideias da escola histórica, podemos encontrar as que se seguem.

Primeiramente, era professado o juízo de que o direito seria um produto da história e não da razão humana. As forças históricas, por sua vez, seriam reprimidas ou dominadas por uma irracionalidade propriamente encontrada nas origens da sociedade. Pode-se constatar o romântico amor ao passado que o apeço à conservação dos ordenamentos existentes representava. Essa característica acabaria por ser uma das principais causas do atraso das codificações na Alemanha.

Não seja desconsiderado, no entanto, o pessimismo antropológico que assolava o pensamento historicista em qualquer de suas formas representativas. Norberto Bobbio (1999), ao se referir ao pessimismo desse movimento, expõe de forma lacônica que “a história é uma contínua tragédia”. Por fim, mas não menos importante, alia-se a essas características o fato de que a elevação do costume e sua consideração primordial dentre os fenômenos originadores do direito acabou promovendo uma grande subversão nas relações estabelecidas entre as fontes do direito.

Paulo Bonavides (2007), por exemplo, diz que os princípios fundamentais da obra de Savigny trazem um teor pessimista para a ciência jurídica e que não têm fé no progresso moral e material nem na melhoria das atuais condições sociais, apoiando-se no “esforço reacionário de restauração do prestígio da autoridade e do passado”.

Da participação colaborativa promovida pela escola histórica na elaboração do raciocínio jurídico característico do positivismo jurídico, merecem tributo os estudos de Savigny no campo da hermenêutica jurídica. Sua essencial contribuição para essa atividade foi de fundamental influência e, mesmo com a falta de prestígio do juspositivismo formalista entre os acadêmicos, ainda atualmente representa um modelo

que goza de bastante capacidade de provocar encanto e adesão, especialmente no domínio que se ocupa particularmente da prática do direito judicial (SOUZA-NETO, 2002).

Constata-se que o objetivo jurídico-político dos historicistas era lançar-se com ímpeto contra o racionalismo que ornava os juristas e publicistas da escola do direito natural.

Os elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático têm por fundamento a ideia de que os conteúdos das proposições normativas já se encontram no texto da norma. Nessa perspectiva a escola histórica e a escola da exegese se unem em um ponto fundamental para o crescimento do juspositivismo como metodologia jurídica dominante.

Enquanto na Alemanha o historicismo filosófico exercia influências que sabotariam o conteúdo material do direito, na França, o movimento das codificações fortemente inspirado nos estandartes revolucionários fazia surgir a distinta *escola da exegese*. Os adeptos dessa escola seriam os responsáveis por instituírem conceitos fundamentais à teoria do ordenamento jurídica professada pelo positivismo tradicional. Proceder-se-á, em seguida, à análise dos fundamentos dessa escola e de sua influência no raciocínio jurídico.

2.2 A Escola da Exegese

Dentre as correntes de pensamento que buscaram realizar as propostas advindas do movimento revolucionário francês, as teorias relativas ao raciocínio judiciário propostas pela escola da exegese se destacam com especial fulgor.

Cláudio Pereira de Souza Neto (2002) esclarece que os autores da Escola da Exegese consideram que uma decisão judicial sempre pode ser tomada com base no texto legal. No mesmo sentido, Chaïm Perelman (2004) acrescenta ainda que a Escola da Exegese, no século XIX, impôs de modo absoluto as suas técnicas de raciocínio jurídico. “A vontade do legislador, para os exegetas, é suficiente. O culto ao texto da lei é uma das características fundamentais da Escola, que reduz o direito à lei” (SOUZA-NETO, 2002). Diz o autor que a fidelidade das ideias dessa corrente à doutrina da separação dos poderes protagoniza a concepção da identidade entre direito e lei. Aos tribunais será dada a mecânica função “de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, sempre em conformidade com o direito em vigor” (PERELMAN, 2004).

A conseqüente ideia desprovida de conteúdo material acerca da expressão *estado de direito* fez com que as teorias jurídicas mergulhassem em um conjunto de formulações

que designaram que a aplicação das normas jurídicas seria apenas um processo lógico, no qual as premissas maiores abstratamente formuladas seriam subsumidas aos fatos.

Chaïm Perelman (2004), ao escrever sobre a escola da exegese afirma que era objetivo dos prosélitos exegetas proporcionar a restrição do direito à lei. Pode-se observar com mais clareza essa atitude em relação ao Código de Napoleão, que tentava representar todo o direito civil.

O conjunto dos métodos e pormenores práticos essenciais propagandeados por essa corrente de pensamento asseguravam a completude dos códigos de tal forma que esse acabamento perfeito não deixava aos intérpretes qualquer margem para o exercício de sua atividade criativa. A missão construtiva do intérprete representaria uma ofensa às instituições políticas que erguiam os estandartes do liberalismo, em especial a representatividade popular das casas legislativas e o princípio da separação dos poderes.

As ideias excogitadas pelos adeptos da escola da exegese pretendiam o privilégio de serem completamente harmônicas com a doutrina da separação dos poderes. Essa afirmação propagada pelos estudiosos desta corrente de pensamento é observada por Chaïm Perelman (2004) em seus estudos acerca da retórica. O autor explica que essa doutrina é conectada a uma “psicologia das faculdades” e que duas dessas faculdades seriam a “vontade e a razão”. De um lado, o poder legislativo manifestaria através de um ato de vontade o direito a que deveria estar submissa toda a sociedade. Esse direito seria, assim, “a expressão da vontade do povo”, pois elaborado pelos representantes democraticamente escolhidos para serem mandatários da comunidade. O poder judiciário, por sua vez, não elaboraria em qualquer das fases de sua atividade, o direito, mas possuía apenas a tarefa de dizê-lo tal como havia sido desejado pelo legislador. Essa vontade já se encontrava no texto da norma e a atividade do magistrado seria a de escavar o significado querido pelo representante popular em detrimento de qualquer possibilidade de criatividade (PERELMAN, 2004).

Andreas J. Krell (2002), por sua vez, argumenta que a doutrina da divisão dos poderes carece de uma atualização que abandone os “velhos dogmas do constitucionalismo clássico” para que o conservadorismo exagerado não ocasione a perda da sensibilidade que necessariamente se deve experimentar diante de tantos outros valores que são essenciais à efetivação das constituições modernas. Nota de relevância seja dada, em especial, para a necessidade de que a tarefa interpretativa continue a garantir que o

princípio da separação dos poderes não seja um obstáculo, mas que seja um catalisador para “garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.

Nota-se que a postura de um juiz passivo e legalista cumpria a missão de buscar enfaticamente a realização de um outro caro valor ansiado pelos liberais: a segurança jurídica. A prejudicialidade da postura radical dessa doutrina, no entanto, gerou posteriormente críticas severas, pois temos aqui uma ação que tem por finalidade pôr em execução um projeto de fazer com que o direito fique ou pareça estar próximo quer de um cálculo quer de uma pesagem.

A atividade jurisdicional buscaria apenas encontrar os elementos necessários no processo para que a solução fosse encontrada. A criatividade do juiz era vedada absolutamente e a solução a ser encontrada já estava contida no texto da norma, onde a vontade do legislador poderia ser investigada. O direito deveria ser algo cujo rigor na determinação da medida do alcance de suas normas poderia nos garantir que os descomedimentos e excessos de uma justiça corrompida como a do Antigo Regime não mais seriam passíveis de serem verificados.

A teoria da completude do ordenamento jurídico deriva claramente das ideias exegéticas que supervalorizavam o texto legal. Lucas de Alvarenga Gontijo (2009) ensina que essa excepcional participação colaborativa na construção do formalismo jurídico teria proporcionado um feitiço excessivo que inevitavelmente levaria o funcionamento do direito a ser reduzido a um modo de operar que pode ser comparado ao funcionamento de uma máquina.

Dessa forma, pode-se observar, conforme Margarida Lacombe Camargo (2002) ensina, que a escola da exegese buscava aproximar o direito das ciências naturais. Esse sistema jurídico perfeito seria dotado de características como completude e coerência. O labor desenvolvido pela hermenêutica jurídica, nesse sentido, seria o trabalho intelectual de aclarar e explicar o sentido da lei através da expressão da intenção do legislador para que estão se processasse a subsunção do fato à norma e que, somente então, a consequência lógica fosse extraída por intervenção da operação dedutiva adequada.

Uma outra nota importante para esclarecer pontos essenciais acerca da metodologia dos exegetas é a ideia de que o procedimento de interpretação só seria necessário quando não houvesse no texto suficiente clareza. A carga semântica do termo “clareza”, para essa escola, pode ser descrita brevemente como “ausência de controvérsias”. Somente seria carente de clareza aquela expressão que tivesse o condão

de gerar sérias discussões acerca de seus possíveis significados. A expressão que goza de clareza é aquela que sobre ela houvesse concordância acerca da ausência de elementos obscuros ou difíceis de perceber ou compreender. Claro, portanto, é o texto que constitui objeto de conclusões convergentes acerca de seu significado e não de posicionamentos dissintônicos.

Observe-se, no entanto, que a justiça dos significados encontrados na vontade do legislador expressa pelo texto da lei, a razoabilidade das medidas a serem postas em execução pelo provimento jurisdicional e a aceitação da resposta encontrada pelo juiz por qualquer grupo de pessoas não constituía motivo de qualquer estado de inquietação ou séria reflexão.

Chaïm Perelman (2004) ensina que na metodologia da exegese somente seria admitida a participação de um juiz mais ativo quando fosse necessário o preenchimento de lacunas ou para o processo excepcional de eliminação das pretensamente raras antinomias.

A excepcionalidade para a atividade do juiz nas hipóteses de confronto com lacunas e antinomias não significava uma concessão à utilização de seu arbítrio. Era-lhe dada, no entanto, a tarefa de efetuar uma busca diligente na própria legislação o modo pelo qual se resolveria o problema para o caso que lhe fora submetido à apreciação. Nessas situações anômalas era permitido ao juiz agir através dos recursos à analogia e aos princípios gerais do direito. Não se pode deixar de considerar que os expedientes citados haveriam de estar previstos no direito positivo mesmo.

Cláudio Pereira de Souza-Neto (2002) afirma, com segurança, que, apesar dessa possibilidade prevista pelos exegetas, o juiz deveria buscar na vontade expressa do legislador a sua vontade recôndita, evitando sempre realizar uma decisão na qual pudesse ser de qualquer forma dirigida à realização de sua própria vontade, a par de considerações acerca do zelo e dedicação de seu trabalho jurisdicional. O autor ainda complementa que em alguns países essa concepção foi a tal ponto extremada que, em caso de dúvida na interpretação de determinada lei, cabia ao tribunal recorrer ao legislativo para que este dissesse qual era o real significado da norma, realizando a chamada interpretação autêntica. Era o caso da França, *e. g.*, onde se impunha aos tribunais a consulta ao legislativo através da lei 16-24 de agosto de 1790. Assim também o artigo 3º do Código Civil Chileno prescrevia que 'solo toca ao legislador explicar o interpretar la ley de un modo general y obligatorio.'

O sentido da norma não deveria, enfatize-se, ser buscado pelo juiz em outro local a não ser naquele que possa identificar o sentido que o legislador intentou ter impresso no texto. “O método exegético nada mais é do que a instauração expressa de uma teoria hermenêutica ancorada em águas francamente despóticas, sob a justificação de se fazer cumprir o princípio da legalidade” (GONTIJO, 2009).

As influências da escola histórica e da escola da exegese para a consolidação do positivismo jurídico como metodologia jurídica dotada de adesão entre os estudiosos e juristas quase que universalmente ficaram demonstradas nessas breves linhas. A contribuição definitiva coube ao normativismo de Hans Kelsen e é sobre suas principais ideias que se passará a tratar a seguir.

2.3 O Normativismo de Hans Kelsen

Os estudos de Hans Kelsen encaminham conclusões de que nada que não se circunscrevesse aos limites da ciência seria dotado de sentido. Operando uma cisão fulminante entre direito e moral, o pensamento de Hans Kelsen, fortemente inspirado em matizes neo-kantianas traça uma outra separação fundamental: entre o mundo do *Solen* (dever-ser) e o do *Sein* (ser). “(...) todo dever-ser pode ser reconduzido a um dever-ser superior que lhe dá o fundamento de validade” (TEIXEIRA, 2009). Dessa afirmação surge a questão da norma fundamental (*Grundnorm*). Kelsen afirma que essa norma fundamental seria pressuposta e serviria de fundamentação para a própria constituição. Dessa forma, o seu engenhoso pensamento acerca do fundamento de validade das normas em sua estrutura piramidal estaria garantido através do fechamento lógico do sistema.

A famosa construção da pressuposição da norma fundamental foi abalada quando o próprio Hans Kelsen assumiu a fragilidade de seu pensamento original. Tendo sido meramente pensada, a norma fundamental é fictícia. Sendo uma “verdadeira ficção” no sentido de que ela “não apenas contradiz a realidade, como é contraditória em si mesma” (KELSEN, 1986).

O pensamento de Hans Kelsen acerca da interpretação foi, certamente, uma superação da posição tradicionalmente proposta pelo positivismo jurídico. Hans Kelsen (2006) afirma que a interpretação seria “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.

O autor, em opinião diametralmente oposta ao positivismo tradicional, estabeleceu que o aplicador do direito não mais agiria de forma puramente intelectual

como as escolas anteriores haviam professado. A hermenêutica de Kelsen (2006) assume a plurivocidade de resultados possíveis em contraposição aos sentidos unívocos derivados da vontade do onipotente legislador. Da forma como o autor explica, ao juiz seria dada a incumbência de manifestação de sua vontade no momento em que se deparasse com um caso concreto que devesse ser solucionado através da atividade jurisdicional para qual fora designado por normas de competência.

Esse conjunto de possibilidades interpretativas proposto pela norma foi visualizado por Hans Kelsen como uma moldura. A diversidade das interpretações em Kelsen deriva desse modelo por ele idealizado pois a norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. João Paulo Allain Teixeira (2009) escreve que, na Teoria Pura do Direito, a característica da plurivocidade da interpretação em Kelsen deriva da constatação de que a origem da interpretação surge da ligação entre vontade e conhecimento.

Entenda-se, portanto, que a sentença, para essa teoria, possui natureza constitutiva e não declaratória e seria a “autêntica” interpretação na medida em que somente ela criaria direito, ao passo em que a forma “não-autêntica” de interpretação, realizada pela doutrina, apenas teria a potencialidade de “influenciar politicamente as decisões legislativas e judiciais” (SOUZA-NETO, 2002).

Uma consequência das observações de Hans Kelsen acerca da pureza científica do direito é a falta de compromisso que sua teoria tem com a questão da justiça. Pode-se dizer que

insurgindo-se contra o sincretismo metodológico, a Teoria Pura do Direito despreocupa-se com qualquer fundamentação material, podendo servir de suporte teórico a experiências que não tenham necessariamente qualquer compromisso com a justiça. Condicionada que esteja a uma norma fundamental, a fundamentação do direito não passa pela realização da justiça (TEIXEIRA, 2009).

Robert Alexy enumera quatro razões pelas quais se assenta na atualidade unanimidade entre os juristas acerca do fato de que uma decisão jurídica “não se segue logicamente das normas jurídicas”. A consequência dessa assertiva é a conclusão de que os pontos de vista difundidos pelo juspositivismo tradicional não são mais adequados (ALEXY, 2005). O primeiro motivo reside no fato de que a linguagem jurídica goza de um caráter que não é preciso ou a que falta clareza. Essa constatação comumente pode

dirigir intérpretes diversos a conclusões absolutamente carentes da sintonia necessária para que o valor da segurança jurídica, tal caro aos ideários do liberalismo, fosse seja tido como uma garantia nos termos imaginados pelo positivismo jurídico tradicional. Em seguida os conflitos entre normas são exibidos entre os eventos para cujas ocorrências não existem obstáculos, mas, ao revés, ocorrem com uma frequência que beira ao que se tem por corriqueiro. A terceira razão esboçada por Robert Alexy nos assegura a existência não rara de lacunas no direito. De fato, a infinitude de possibilidades fáticas e desdobramentos dos problemas que se pretende resolver não são possíveis de serem condensados em um esquema linguístico codificado. Por fim, o autor escreve que, em casos não gerais, há possibilidade da ocorrência de decisões que produzem dissonância com a literalidade da norma (ALEXY, 2005).

Apesar da forte tendência do positivismo jurídico à adoção do dogma da onipotência do legislador esse credo “esbarra na constatação de que a presença de lacunas, obscuridades e antinomias é, além de constante, inevitável” (SOUZA-NETO, 2002). De fato, com as vistas voltadas às características do direito, a tentativa de purificação da ciência jurídica a termos unicamente normativos foi significativamente relevante para que políticas opressoras como as observadas no século XX encontrassem sua justificação jurídica e filosófica.

3 A TÓPICA E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

A trágica experiência dos regimes autoritários que se espalharam pelo continente europeu e as lembranças da II Guerra que infundem imenso terror se transformaram em argumentos comuns para que um movimento dessa nova vida ao jusnaturalismo. Esse renascer, no entanto, não passou de uma breve tentativa. Paulo Bonavides ensina que “houve uma ressurreição jusnaturalista, decorrente do pessimismo que invadira o ânimo dos juristas perplexos com a tragédia da Segunda Grande Guerra Mundial” o que ocasionaria uma recordação sobre a necessidade de buscar encontrar quais os valores que seriam suficientes para dotar a ordem jurídica de legitimidade. “Mas a restauração jusnaturalista foi um relâmpago, não uma lâmpada” (BONAVIDES, 2005).

As consequências que se seguiram puseram o positivismo jurídico em situação na qual se buscava intensamente a construção de um novo modelo de raciocínio. Esse

modelo foi nomeado “pós-positivista”, mas a abertura de novas perspectivas para a ciência do direito foi conseguida pela “tópica” ou “nova retórica”¹⁵⁴.

O Organon de Aristóteles é um conjunto de obras reunidas acerca da lógica. Tópica é o nome dado pelo filósofo a um dos livros constantes do Organon. Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2007) diz que a tópica se adequa mais a uma técnica de pensar o problema mais do que um método em si. Paulo Bonavides (2004), no entanto, afirma ser a tópica um método ressurgido dos ensinamentos especialmente aristotélicos em razão da incapacidade de solucionar problemas concretos sofrida pelo positivismo formalista.

Afirma André Luiz Vinhas da Cruz (2009) que a grande inspiração da tópica é a crítica que se opera contra o “modelo normativista da Escola de Viena, calcado no silogismo hipotético-dedutivo, que abstrai todo e qualquer elemento valorativo de seu campo de atuação”. O autor continua suas observações dizendo que

os tópicos são premissas compartilhadas que gozam de presunção de plausibilidade ou que, ao menos, passam aos ouvintes uma dada carga de verossimilhança argumentativa. Por não estarem hierarquizados entre si, para um mesmo problema, mister se faz utilizar tópicos distintos, daí surgindo, portanto, resultados distintos. (CRUZ, 2009).

Os tópicos, portanto, são elementos comunicativos que servem à tarefa de argumentação. É a sua indeterminação que fará com que os tópicos tenham um elevado valor pragmático para que a discussão possa ser efetuada de maneira proveitosa à solução dos problemas enfrentados durante a atividade jurisdicional.

A tópica reaparece com forte influência na obra *Tópica e jurisprudência*, de Theodor Viehweg, em 1958. A tópica seria, no pensamento de Theodor Viehweg (2008), uma técnica de busca de solução para problemas que não possuem uma única resposta correta. Esse processo seria realizado a partir da utilização dos topoi que assumiriam a função de promover a persuasão a partir do discurso retórico. “*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 à verdade”

¹⁵⁴Paulo Bonavides em apresentação à obra citada de Friedrich Müller apresenta a “tópica” e a “nova retórica” sem traçar qualquer diferenciação entre as duas, mas considerando-as como expressões sinônimas. Cláudio Pereira de Souza Neto acrescenta que o pensamento de Chaïm Perelman “tem sido apresentado mais frequentemente como nova retórica, enquanto que o de Viehweg como *tópica*.” SOUZA NETO. Ob. cit. p.134. O que importa para este artigo é, no entanto, a observação que estes trabalhos foram significativos com grandeza à atitude de ruptura com o formalismo do positivismo jurídico tradicional.

(VIEHWEG, 2008). Dessa forma, o autor chega à constatação de que as conclusões dialéticas, no sentido ensinado por Aristóteles, ou seja, aquelas conclusões que podem ser alcançadas a partir de hipóteses ou ideias não confirmadas ou sem fundamentos, são sempre possíveis de serem alcançadas.

Observa-se, portanto, que a tópica é, para Viehweg (2008), uma técnica de pensamento caracterizada por orientar-se para o problema. “O ponto de partida é um problema concreto, uma situação da vida” para a qual se fará perguntar sobre qual seria a posição a ser adotada pelo jurista para que a justiça fosse conseguida no momento e local exatos aos que as questões estivessem sendo levantadas (AMADO, 2009).

Dessa forma fica demonstrado que a obra de Viehweg se orienta no sentido de encontrar uma forma de resolução dos problemas concretos que parta dos próprios problemas. Em contraposição aos discípulos da escola da exegese e da escola histórica, pilares sustentadores do positivismo formalista tradicional, o autor de *Tópica e Jurisprudência* faz reviver a tópica aristotélica abordando o método de encontro da solução justa através da discussão e das opiniões sobre todas as possibilidades de soluções possíveis. Margarida Lacombe Camargo (2009) compartilha essa opinião ao dizer que

há muito que a Tópica jurídica, conforme apresentada por Theodor Viehweg, mostrou que a interpretação da norma jurídica parte e tem como eixo principal o problema que busca solução. A interpretação jurídica não se faz à revelia do problema, da mesma forma como a criação das normas não preveem hipóteses vãs. O legislador tem sempre em mente a resolução de um problema. Afinal, o Direito é uma ciência prática. (CAMARGO, 2009).

A tópica pode ser classificada de determinado modo em conformidade à metodologia constitucional. Essa anotação pode ser considerada a partir da ideia de que o caráter semântico aberto do texto constitucional está impregnado de termos a que faltam clareza e precisão chegando até à contraditoriedade. Essa situação seria consideravelmente agravada naqueles momentos em que a ausência de hegemonia política acarreta a uma instabilidade dos dispositivos constitucionais.

Uma outra forte contribuição à adequação da Tópica para a metodologia constitucional é esboçada por Cláudio Pereira de Souza Neto (2002). Diz o autor que o fenômeno da abertura estrutural da constituição, em que cabe a ideia de constituição aberta, faz com que se conclua sobre a realidade de que as constituições estão receptivas

a temas novos, “novos direitos e novos valores”. Esse movimento incessante seria o fato do qual derivaria as constantes manifestações de novas aspirações. Os intérpretes das constituições modernas precisam, dessa forma, “estar capacitados a operar com esses novos conteúdos”.

É com a contribuição da tópica que se pode justificar a presença dessas novas necessidades sociais, surgidas da dinâmica histórica da própria sociedade. A utilização de um discurso que justifica a presença desses novos valores pode e deve ser controlado pela opinião pública (SOUZA-NETO, 2002).

Paulo Bonavides, compartilha da opinião de que a teoria material da constituição foi impulsionada ao patamar do progresso, o que pode ser verificado na riqueza das discussões surgidas nas últimas décadas acerca do tema. A tópica, para o autor, “fez possível dentro da sociedade móvel e dinâmica de nosso tempo um Estado de Direito com fundamento de legitimidade nos direitos sociais e nas garantias da liberdade humana” (BONAVIDES, 2004).

O pensamento tópico assume contemporaneamente diversas tonalidades diferenciadas.

O prestígio da tópica em toda a Alemanha logo se fez sentir com a adesão de três civilistas eminentes – Wieacker, Esser e Coing – seguida do apoio de constitucionalistas de peso, como Schneider e Ehmke, relatores do tema “Princípios de Interpretação Constitucional”, exposto na assembleia de 1961 dos professores de direito público daquele país. Inclina-se também para a tópica, nomeadamente para uma teoria material da Constituição, construindo estradas próprias com o objetivo de alcançar objetivos semelhantes, juristas da envergadura de Martin Kriele, Peter Häberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse (BONAVIDES, 2004).

A par das diversidades encontradas entre os adeptos contemporâneos do raciocínio tópico, opta-se, nesse momento pela análise abreviada da contribuição do pensamento de Friedrich Müller à interpretação e concretização do direito. Sua obra é de relevância considerável ao enfrentamento das questões de direito constitucional, um campo recente de raciocínio que carece, ainda, do aperfeiçoamento engajado semelhante ao processado pelo constitucionalista alemão. Passe-se, então, aos pontos que devem necessariamente ser levados em conta.

3.1 A Hermenêutica Concretizadora de Friedrich Müller

Dentre os autores que dedicaram sua obra ao pensamento tópico, Friedrich Müller desperta interesse especial por ter realizado um estudo que aprofunda a racionalização do processo de concretização e tem o requinte de relacionar os elementos de concretização de forma mais complexa. “A tópica interpretativa desse autor fez um largo esforço de recuperação em que se procura reaver todo o sentido material das regras constitucionais exaurido pela metodologia formalista” (BONAVIDES, 2004).

Os cânones de Savigny, segundo Müller, não se adequam em sua formulação original à interpretação do Direito Público e do Direito Constitucional. Para ele, os elementos de interpretação do autor representante da escola histórica do direito servem apenas como recursos auxiliares “de fecundidade variável conforme as peculiaridades das normas jurídicas concretizandas”¹⁵⁵ (MÜLLER, 2005).

Na obra de Friedrich Müller (2005) denominada *Métodos de trabalho do direito constitucional*, um problema se impõe. A decadência do positivismo formalista como metodologia jurídica apropriada para a solução de casos concretos em todas as suas infinitas possibilidades fáticas se une à impossibilidade de utilização dos métodos propagados pela hermenêutica filosófica caracteristicamente adequada às Ciências Sociais. São as noções de obrigatoriedade e vigência, que devem ser tratadas com um rigor diferenciado e que fazem com que os textos jurídicos sejam tratados de modo peculiar (MÜLLER, 2005).

O método¹⁵⁶ proposto por Friedrich Müller assume de imediato a opinião que seria perfilhada por diversos juristas em nossa época quando diz que “uma norma jurídica é mais do que o seu texto de norma” (MÜLLER, 2005). Da mesma conclusão, surge a ideia de que o processo de concretização da norma envolve outros procedimentos técnicos ou cognoscitivos do que a simples interpretação do texto.

¹⁵⁵MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 2. Andreas J. Krell, em estudo relacionado à teoria de Pontes de Miranda assegura ser “cada vez mais evidente que teorias de qualquer matiz positivista contribuem pouco para a abertura de caminhos pragmáticos no campo do constitucionalismo dirigente e comprometido com os direitos individuais e sociais consagrados na Lei Maior de um país. KRELL, Andreas. *A relevância da teoria do fato jurídico no âmbito do moderno direito constitucional e administrativo*. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR. Marcos. (coordenadores) *Revisitando à teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 94.

¹⁵⁶João Maurício Adeodato, com a expectativa de esclarecer alguns conceitos essenciais acerca da matéria, explica que “método é o caminho (...) como se procede para atingir determinado objetivo. Metodologia é a doutrina sobre os métodos, isto é, a visão que se tem desses caminhos e as tentativas de controlá-los. Metodica é o estudo da relação entre os métodos e essas metodologias para compreendê-los. ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 38.

A originalidade da concepção de norma do constitucionalista concretista é o que há de mais profundo ou fundamental em sua obra. A ideia de que a norma é mais do que o texto acarreta a conclusão similar de que a interpretação ou concretização da norma envolve processos outros que não apenas a interpretação do texto codificado.

Esse pensamento promove uma ruptura fundamental com o pensamento anteriormente defendido pelos juristas do positivismo tradicional de que a lei continha, em seu texto e apenas nele, todas as soluções possíveis para um determinado caso – seja como idealizado por aqueles que professavam a univocidade das conclusões a que se devia chegar através da perscrutação da vontade do legislador, ou seja como pensavam os adeptos do modelo de interpretação divulgado pela teoria pura do direito de Hans Kelsen.

Buscar a vontade da lei através dos métodos clássicos de hermenêutica, impregnados com os termos dos métodos voluntaristas de busca da vontade objetiva da lei, é um grave erro cometido mesmo pelas cortes mais respeitadas em todo o mundo e que carecem de imediata correção já que as competências distribuídas pelas constituições aos três poderes não podem ser consideradas competências para explicar ou fazer entender algo. A racionalidade das decisões judiciais encontra-se profundamente prejudicada na medida em que são realizadas através da aplicação dos métodos formalistas, mas que também consideram adequados, sempre que os métodos tradicionais não são capazes de resolver qualquer controvérsia que lhes são apresentadas, subsídios materiais de interpretação constitucional sem qualquer espécie de fundamentação.

Paulo Bonavides (2004 *apud* MÜLLER, 2005) diz que, essa postura dos tribunais condena a atividade jurisdicional a um “pragmatismo caótico, à mingua evidentemente de elementos racionais extraídos da realidade mesma que se interpreta” (BONAVIDES, 2004).

Nas palavras do próprio Friedrich Müller (2005) vemos que “(...) o Tribunal Constitucional Federal utiliza em extensão considerável pontos de vista que não são nem compatíveis com as regras de interpretação de Savigny, consideradas canônicas, nem com a representação da norma que lhe subjaz”. Continua o autor dizendo que o

Tribunal Constitucional Federal fornece um quadro de pragmatismo sem direção, que professa de modo tão globalizantemente indistinto quanto acrítico 'métodos' exegéticos transmitidos pela tradição – e caudatários do positivismo legalista na sua aguda exclusividade – mas

rompe essas regras em cada caso de seu fracasso prático sem fundamentar esse desvio. (MÜLLER, 2005).

Algumas noções básicas acerca do pensamento de Friedrich Müller precisam ser esclarecidas para que se compreenda o caráter inovador¹⁵⁷ de sua obra. São as ideias de programa da norma, âmbito (área) da norma,¹⁵⁸ elementos dogmáticos, técnicas de solução, de teoria e de política constitucional.

Foi dito anteriormente que Friedrich Müller assume a ideia de que o texto da norma (texto da lei, texto da constituição) não se identifica em sua totalidade com o que a norma é em si. “Uma norma jurídica é – assim como ela age efetivamente – mais do que seu teor literal” (MÜLLER, 2005). Esse teor literal seria, assim como os recursos interpretativos auxiliares que estão disponíveis como ferramentas interpretativas, apenas a manifestação do programa da norma.

O processo de formulação e concepção das ideias que levam a identificar o programa da norma considera como essenciais o tratamento do texto da norma através dos elementos interpretativos (gramatical, genética¹⁵⁹, histórica e sistemática) e das figuras interpretativas específicas das grandes áreas do direito que são utilizadas de maneira a dar-lhes mais expressividade e agem de forma mais peculiar.

Acerca do programa normativo, Friedrich Müller (2005) assegura que não há um significado único que possa ser encontrado no texto da norma e nem mesmo a ausência de clareza em suas expressões. Em suas próprias palavras, esclarece que

(...) o programa da norma, que permite avaliar a relevância de dados empíricos a partir da área da norma da prescrição, nem é unívoco e nem absolutamente vago. Muito pelo contrário, ele indica *espaços de ação metodicamente domináveis*, dentro dos quais o trabalho jurídico se deve legitimar e com base nos quais ele pode ser controlado e criticado (MÜLLER, 2005).

¹⁵⁷A expressão “caráter inovador” é assumida neste trecho do trabalho para significar que a contribuição de Müller não esgota as possibilidades de avanços na teoria do direito constitucional, mas apenas para concordar que o seu trabalho trouxe efetiva contribuição aos estudos desse campo do direito que está ainda se desenvolvendo.

¹⁵⁸Esses dois grupos de elementos são identificados por Konrad Hesse. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 201.

¹⁵⁹Friedrich Müller acrescenta aos cânones de Savigny a interpretação genética e não parece dar atenção à teleológica. MÜLLER. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007. p. 224.

O programa normativo seria, no pensamento acima esboçado, o texto da norma tratado pelo processo de interpretação dele mesmo. Para Friedrich Müller (2005), “uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é unívoca, evidente, (...) mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso.” Note-se, portanto, a desvinculação desse pensamento em relação ao raciocínio propagado pela metodologia dos exegetas que ensinava justamente o contrário.

O procedimento de concretização normativa não se esgota nesse passo. De fato, há de se averiguar o segmento da realidade social no qual está cravada a norma. Esse trecho da realidade concreta denomina-se *âmbito, ou área, da norma*.

O âmbito da norma foi que “escolheu para si' como a 'sua' área de regulamentação, ou que ele em parte, 'criou” (MÜLLER, 2007). O autor observa, a partir dessa assertiva, que o âmbito da norma pode ter sido criado pelo direito. Dentre as possibilidades para que se constate essa assertiva encontram-se aquelas situações em que as prescrições se referem a prazos processuais, termos e nos casos em que as prescrições se referem a formas.

De outra forma, há elementos no âmbito da norma que não foram gerados pelo direito e, por essa razão, o autor deve lançar mão de dados da sociologia, da política, da filosofia, etc., para que se possa proceder à correta atividade de concretização normativa. No direito constitucional, em relevância considerável, os âmbitos das normas possuem partes não geradas pelo direito e por essa razão o aprofundamento da análise da prescrição é fundamental para que o processo de concretização possa ser realizado com maior racionalidade (MÜLLER, 2005). Pode-se observar, então, que a teoria concretista de Friedrich Müller goza da impureza evitada a todo custo pelas ideias do normativismo de Hans Kelsen.

Não se pode deixar de observar que, das afirmações acima realizadas, é inevitável a demonstração de que apenas empiricamente se pode identificar o âmbito da norma no processo de concretização.

Essa é, evidentemente, uma constatação de que a teoria concretista de Müller repousa em pilares extremamente vinculados à realização de uma movimentação intensa jurisdicional que atravessa as barreiras formais do texto legal para incluir na atividade hermenêutica um compromisso diretamente voltado para a solução dos casos concretos a partir dos problemas por eles esboçados. O âmbito da norma permite, dessa forma, o

controle e a crítica necessários à carga de legitimidade que deve possuir a decisão jurídica¹⁶⁰.

Outros elementos do pensamento de Müller são de igual importância ao procedimento de concretização normativa. Nesse ponto, o autor inclui os “elementos metodológicos *strictiore sensu*”. As regras tradicionais de interpretação (gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica) são apresentadas como métodos que não podem ser utilizados desconectados dos outros elementos de concretização. Além dessas regras tradicionais, os princípios de interpretação dirigidos especificamente à constituição devem ser considerados e aplicados sempre que adequados forem (MÜLLER, 2005).

Os elementos dogmáticos consistem nos “enunciados da jurisprudência pertinente, da bibliografia formada por manuais doutrinários, comentários e monografias” (MÜLLER, 2005). Assim como os outros elementos, Müller afirma que os elementos dogmáticos inexistem como instrução prévia.

Os elementos de teoria contribuem para a pré-compreensão. Em especial a teoria constitucional e a teoria do estado precisam, junto com qualquer outro elemento, ser explicitadas (SOUZA-NETO, 2002). Por fim, seguem-se os elementos de política constitucional, sobre os quais afirma Müller:

O estilo de raciocínio da política constitucional refere-se à ponderação das consequências, à consideração valorativa de conteúdos. (...) Elementos de política constitucional fornecem valiosos pontos de vista de conteúdo à compreensão e implementação prática de normas constitucionais. Mas os aspectos por eles aduzidos só podem ser introduzidos para fins de comparação, delimitação e clarificação, não podem ser introduzidos como premissas por assim dizer normativas (MÜLLER, 2005).

Nesse ponto de seu trabalho, após identificar os elementos acima descritos, com o objetivo de “promover uma maior estruturação do processo de concretização, através do esclarecimento de suas diversas etapas e variáveis”, Müller passa a estabelecer

¹⁶⁰Cláudio Pereira de Souza Neto identifica que na teoria de Konrad Hesse os elementos *programa da norma* e *âmbito da norma* já se encontravam presentes. “Na obra de Hesse, como também ocorrerá na obra de Müller, o programa da norma é expresso no texto da norma. Um primeiro momento do processo de concretização deve, portanto, atuar no sentido de interpretar o texto normativo e de desvendar o programa da norma nele contido. (...) É na identificação do âmbito da norma que entram em pauta os fatos sociais a serem regulados.” As diferenças entre os pensamentos dos constitucionalistas em questão, no entanto, são deixadas de lado face às limitações objetivas de seu trabalho. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 199.

critérios hierárquicos para a resolução de conflitos entre elementos de concretização. São hierarquicamente superiores os elementos relativos ao âmbito da norma e ao programa da norma porque são elementos diretamente referidos à norma, “sendo que a interpretação gramatical e a interpretação sistemática devem fixar os limites extremos da decisão.” Abaixo desses elementos diretamente referidos à norma estão os não referidos diretamente, quais sejam partes dos elementos dogmáticos, os elementos de teoria, os de técnica de solução e os elementos de política do direito e política constitucionais (SOUZA-NETO, 2002).

Percebe-se, da breve análise do pensamento de Friedrich Müller, que a engenhosidade de seu pensamento pode ser de intensa contribuição ao pensamento constitucional contemporâneo. Na verdade, essa disciplina carece de sustentação teórica sólida e não parece que faltem interessados em desempenhar esforços grandiosos para que o compromisso com a efetividade das normas constitucionais possa ser verificado.

A conformação do modelo de interpretação das normas constitucionais comprometidas com a realização dos direitos fundamentais necessita de contribuição que dirija as ações do poder público para a realização das tarefas constitucionalmente dirigidas. A tópica é uma das propostas, mas a atividade do jurista não deve se esgotar em suas ideias.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se encerra, mas seus autores estão conscientes da insuficiência de suas palavras para que se possa ter entendido todos os assuntos nele tratados. O objetivo que se espera ter cumprido, no entanto, é o de ter procedido a uma análise preliminar acerca dos principais tópicos acerca dos raciocínios contributivos para a afirmação do juspositivismo formalista como metodologia jurídica dominante durante o século XVIII e metade do século XIX.

Primeiramente, procedeu-se à análise das ideias de uma corrente de pensadores fortemente fixada entre os alemães que, inspirados nos pressupostos do historicismo filosófico, criaram um conjunto de afirmações que acabou sendo denominado de escola histórica. Foi efetuada uma breve análise acerca das principais noções representativas dessa escola.

Foram expostas, também, como as propostas advindas do movimento revolucionário francês influenciaram as teorias relativas ao raciocínio judiciário. Foi

demonstrado como esse conjunto de teorias, compartilhado por adeptos da escola da exegese, proporcionar a restrição do direito à lei e pôs o mito da onipotência do legislador em posição de admirável consideração entre os juristas que contribuíram para a fixação dos dogmas do juspositivismo. Ao tempo em que se traçavam as principais características dessa escola, opiniões foram colecionadas para que se procedesse a críticas com fundamento compartilhado por juristas diversos acerca da incompatibilidade entre os métodos de enfrentamento das questões a serem analisadas pelos magistrados e as reais necessidades interpretativas para a concretização de um direito que não perde de vista seu conteúdo material.

Em seguida, analisou-se, de forma abreviada, o pensamento de Hans Kelsen. O normativismo kelseniano, como ficou demonstrado, apesar de ter rompido com as escolas histórica e exegética no tocante ao tema da interpretação, foi a contribuição definitiva para que a constelação de ideias do juspositivismo se consolidasse. A separação entre direito e moral foi a mais engenhosa peça que ajustou o direito às exigências da cientificidade descompromissada com conteúdos materiais e adepta de uma metodologia que, como se demonstrou mais tarde, não se adequava ao direito.

As fragilidades teóricas do positivismo jurídico somadas às experiências totalitárias enfraqueceram seu discurso de justificação e abriram espaço para que a tópica, herança da antiguidade clássica, fosse revivida por Theodor Viehweg. Postas as linhas principais das ideias desse autor, passou-se a analisar a estrutura da teoria concretizadora de Friedrich Müller. Ficou demonstrada a relevância de sua obra em relação ao enfrentamento das questões de direito constitucional.

O direito constitucional é um campo recente de raciocínio e seus problemas ainda estão esperando soluções práticas e teóricas que possam satisfazer a tarefa de concretização das normas constitucionais.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

AMADO, Juan Antonio Garcia. **Tópica, derecho e método jurídico**. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, ISSN 0214-8676, Nº 4, 1987, pags. 161-188, Disponível em:

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/1283218659036051876657/cuaderno4/Doxa4_12.pdf> Acesso em: 20 dez. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Apresentação**. In: MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMARGO, Maria Lacombe. **A nova hermenêutica**. In: SARMENTO, Daniel (coord.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.353. No mesmo sentido exposto pela autora: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CRUZ, André Luiz Vinhas da. A tópica neoaristotélica de Theodor Viehweg – uma análise crítica de Manuel Atienza. **Revista da Esmese**, Sergipe, n. 7, p. 159-180, 2004. Disponível em: <<http://www.esmese.com.br/revistas.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2009.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Discussão crítica sobre as relações entre o princípio da legalidade, o fenômeno da codificação e a teoria da sistematização do direito**. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTE, Francisco; ADEODATO, João Maurício (coordenadores). Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **A relevância da teoria do fato jurídico no âmbito do moderno direito constitucional e administrativo.** In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR. Marcos. (coordenadores) Revisitando à teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 3ª ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O novo paradigma do direito:** introdução à teoria e metódica estruturantes. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: nova retórica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Dois modelos de direito e legalidade:** Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTE, Francisco; ADEODATO, João Maurício (coordenadores). Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência:** uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico científicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

AGRADECIMENTOS E APOIO

A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) em agradecimento pela bolsa dada ao Bruno M. S. Pereira.

Artigo enviado em: 01/02/2023

Artigo aceito para publicação em: 10/03/2023