

Notas sobre a Tópica e jurisprudência de T. Viehweg – considerações, críticas e aplicação no Direito brasileiro^(*)**Notes on the Topic and jurisprudence of T. Viehweg – considerations, criticisms and application in Brazilian Law****Apuntes sobre el tema y jurisprudencia de T. Viehweg – consideraciones, críticas y aplicación en el derecho brasileño****Ana Carolina Estremadoiro Prudente do Amaral¹****Adílson Paulo Prudente do Amaral Filho²****RESUMO**

O presente trabalho pretende demonstrar a função da tópica como instrumento de operação do sistema jurídico brasileiro, ou seja, busca analisar a maneira pela qual tal forma de pensamento pode ser proveitosamente utilizada no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, após uma breve análise sobre a tópica e a ciência do Direito baseadas na obra de Viehweg (1979), bem como algumas considerações sobre as críticas que Larenz (1997) e Canaris (1996) teceram acerca desta técnica de pensamento na jurisprudência, será examinada a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no Direito Ambiental.

Palavras-chave: Ciência do Direito; tópica; jurisprudência; T. Viehweg; Direito Ambiental.

SUMMARY

The present work intends to demonstrate the function of the topic as an operating instrument of the Brazilian legal system, that is, it seeks to analyze the way in which this form of thought can be profitably used in the Brazilian legal system. To this end, after a brief analysis of the topic and science of Law based on the work of Viehweg (1979), as well as some considerations on the criticisms that Larenz (1997) and Canaris (1996) made regarding this technique of thinking in jurisprudence, The possibility of its application in the Brazilian legal system will be examined, especially in Environmental Law.

Keywords: Science of Law; topical; jurisprudence; T. Viehweg; Environmental Law.

(*) Recibido: 09/07/2022 | Aceptado: 27/08/2022 | Publicación en línea: 30/09/2022.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Doutoranda e pesquisadora CAPES em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (FD-UFPE), mestra em Letras Clássicas (Filologia e Língua Portuguesa) pela Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). ORCID 0000-0002-5619-2182.

² Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador Regional da República e professor universitário. ORCID 0009-0004-2791-1055.

RESUMEN

El presente trabajo pretende demostrar la función del tema como instrumento operativo del sistema jurídico brasileño, es decir, busca analizar la forma en que esta forma de pensamiento puede ser utilizada provechosamente en el sistema jurídico brasileño. Para ello, luego de un breve análisis del tema y la ciencia del Derecho a partir del trabajo de Viehweg (1979), así como algunas consideraciones sobre las críticas que Larenz (1997) y Canaris (1996) hicieron a esta técnica de pensamiento en jurisprudencia, Se examinará la posibilidad de su aplicación en el ordenamiento jurídico brasileño, especialmente en Derecho Ambiental.

Palabras clave: Ciencia del Derecho; actual; jurisprudencia; T. Viehweg; Derecho ambiental.

1.INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, o Direito viveu de dicotomias. Direito Público *versus* Direito Privado; Direito Positivo *versus* Direito Natural; casamento como contrato *versus* casamento como instituição; Direito como ciência *versus* Direito como arte.

O tempo veio mostrar que essas classificações, para além de tormentosas e por vezes pouco úteis, não davam conta da realidade, ou seja, nelas não cabiam, com a naturalidade pretendida, todas as realidades do mundo fático. Daí porque foram elas, aos poucos, sendo superadas, na medida em que se reconhecia aspectos públicos e institutos típicos do Direito Privado ou se via os Direitos Naturais sendo positivados em declarações de direitos inseridas em Constituições ou em tratados internacionais.

Este estudo terá, como ponto de partida, a oposição do Direito como ciência, ou seja, como sistema dotado de normas e princípios próprios, capazes de lhe conferir um caráter lógico-dedutivo que o habilita a funcionar no mundo, sem sofrer influência direta dos fatos, mas adequando-os ao ordenamento, e do Direito como arte, momento em que a arte da retórica se sobrepõe à qualquer metodologia científica.

Mais concretamente, partindo da obra *Tópica e Jurisprudência*, de T. VIEHWEG (1979), e das críticas que lhes fizeram LARENZ (1997) e CANARIS (1996), será possível verificar a superação de mais essa dicotomia, revelando-se a possibilidade da tópica ser utilizada na aplicação do ordenamento jurídico, não em detrimento do raciocínio lógico-dedutivo, mas em conjunto com ele.

E para demonstrar a utilidade e atualidade dessa discussão, que data do início da segunda metade do século XX, em sincronia, será analisada a possibilidade de aplicação da tópica na solução de conflitos verificados no Direito Ambiental brasileiro, sem que isso implique em renúncia à compreensão do ordenamento jurídico como um sistema, ou mais precisamente, um sistema aberto.

2. TÓPICA E JURISPRUDÊNCIA

Em meados do século passado, THEODOR VIEHWEG (1979) causou grande furor entre os juristas continentais europeus, especialmente seus compatriotas germânicos, ao lançar um livro denominado *Tópica e Jurisprudência*³, onde buscava demonstrar o quanto a jurisprudência, aqui entendida como a ciência do Direito e não como a denominação moderna do conjunto de decisões judiciais, se valera, e ainda podia se valer, da tópica.

Seu livro inicia com uma análise histórica da tópica como forma de pensamento, baseada nas lições de Aristóteles, extensamente citado pelo autor. Aristóteles opunha o raciocínio apodítico, próprio da Filosofia, ao raciocínio dialético, característico da tópica. O primeiro permitiria alcançar a verdade, enquanto o segundo apenas serviria para exercitar a arte da disputa. É certo, porém, que Aristóteles não se limita a examinar ou criticar a Tópica como algo desprovido de utilidade. Muito ao contrário: buscou estabelecer uma classificação e uma ordem que permitia a utilização do raciocínio dialético de forma minimamente lógica, de modo a evitar contradições gritantes e conferir-lhe algum valor.

Em seguida, T. VIEHWEG, na mesma obra, faz uma análise pormenorizada da tópica, realçando a sua característica mais importante, consistente em uma técnica de pensamento que se orienta para o problema. Desta definição ele extrai várias conclusões e conseqüências de grande importância, as quais podem ser sintetizadas em três tópicos, para melhor entendimento:

³ A discussão, neste trabalho, será pautada inteiramente nesta obra de T. Viehweg, sendo, portanto, desnecessária a indicação do ano de publicação em todas as citações indiretas (a paginação será referendada em nota de rodapé).

a) A tópica não seleciona problemas, ao contrário do pensamento sistemático. As características do pensamento sistemático conduzem a uma seleção dos problemas que podem ser solucionados dentro do sistema, o que não acontece na Tópica, que cria um sistema que possa fornecer a solução a um dado problema;

b) Quando se diz que a tópica busca sistemas para solucionar um dado problema, não se deve entender por sistema apenas o lógico-dedutivo. Sistema, para a tópica, tanto pode ser um conjunto de pontos de vista (lugares-comuns, *loci, topoi*) intuitivamente selecionados (tópica de primeiro grau), como um repertório de *topoi* previamente agrupados, segundo o assunto de que se trata (tópica de segundo grau);

c) Ao contrário do sistema lógico-dedutivo, a tópica não parte de uma premissa fundamental. Aceita-a como verdadeira, mas visando encadear uma série de conclusões lógicas a partir dela. A tópica busca premissas que lhe sejam úteis para solucionar o problema. Elas não são demonstráveis ou fundadas em outras, mas apenas legitimáveis no bojo da argumentação.

Nos capítulos seguintes, o autor demonstra como a tópica está presente no *jus civile* e no *mos italicus*, donde se pode concluir que ela não é estranha à ciência do Direito. Nesta época, muito ao contrário, imperava como forma de ser do Direito. A busca do caráter científico do direito não atormentava os juristas romanos nem os glosadores da Idade Média, que não ansiavam por encontrar um sistema jurídico do tipo lógico-dedutivo, mas tão só resolver os problemas que a vida lhes oferecia.

Neste ponto, VIEHWEG faz uma distinção extremamente interessante e de fundamental importância para o desenvolvimento final de sua obra. Diz o autor que, diante de uma determinada técnica de pensamento, é possível adotar-se uma de duas posturas: ou tenta-se converter esta técnica em ciência, para o que deverá ela atender a todas as exigências lógicas inerentes a uma ciência; ou então se mantém a característica da técnica tal como ela é, e se passa a encará-la como objeto de uma ciência.

A sistematização do Direito que vinha sendo buscada na Europa Continental era uma clara escolha pela primeira alternativa. Os juristas pretendiam construir um sistema jurídico do tipo lógico-dedutivo, o qual, por definição, deveria excluir a tópica. Seria um sistema perfeito, dentro do qual todo o problema jurídico poderia ser resolvido. T. VIEHWEG demonstra, então, que esta tentativa de extirpar-se a tópica não teve sucesso, pois mesmo o mais perfeito sistema lógico-jurídico não poderia prescindir da interpretação, e por meio dela a tópica haveria de imiscuir-se em suas engrenagens.

Soma-se à interpretação, como via de entrada da tópica no sistema lógico-jurídico, a própria aplicação do Direito, com casos e situações que não estarão expressamente previstos no sistema; a linguagem natural, por ele utilizada; e a própria interpretação dos fatos que serão objeto da atuação da norma.

Diante do frustrante quadro por ele desenhado, no que diz com a tentativa de se formar um sistema jurídico perfeitamente adequado aos preceitos de um sistema lógico-dedutivo, VIEHWEG opta pela segunda alternativa apresentada, qual seja, tomar a técnica jurídica como objeto da jurisprudência.

Assim, aponta ele para a conveniência da preservação da técnica jurídica tal como ela é, com evidente caráter tópico, devendo a jurisprudência simplesmente adotá-la como seu objeto. Como argumentos finais menciona uma série de exemplos oriundos da civilística alemã, onde resta claro que os raciocínios desenvolvidos não puderam se desvincular do problema analisado, mesmo que em detrimento do pensamento lógico-dedutivo.

Conclui que a solução do problema fundamental da jurisprudência, que é a justa composição das questões surgidas na sociedade, não nasce da estrita obediência aos princípios e premissas que regem um suposto sistema lógico-jurídico, mas sim do raciocínio dialético que deve se desenvolver a partir e ao redor do próprio problema proposto.

2.1 As críticas de Larenz e Canaris à obra de Viehweg

Esta obra de THEODOR VIEHWEG é, a toda evidência, um libelo contra uma ciência do Direito estéril, que não esteja vinculada aos problemas concretos que ocorrem na sociedade. A opção feita pelo jurista alemão, no sentido de preservar

a técnica jurídica por ele identificada no *jus civile*, no *mos italicus* e na própria civilística teutônica, sem pretender transformá-la em um sistema lógico-dedutivo, busca valorizar a solução dos problemas e a análise jurídica a partir deles mesmos, em detrimento de um rigorismo científico que pode, na prática, resultar em soluções que se afastam do objetivo último da Jurisprudência, que é o atingimento da Justiça.

Tal posição, como já observado, causou reações significativas, especialmente na Alemanha, onde a sistematização do Direito e a sua caracterização como ciência sempre foi objeto de zelosos esforços.

Uma das críticas que se pode elencar partiu de KARL LARENZ (1997, pp. 201-204) que, em sua obra *Metodologia da Ciência do Direito*, teceu algumas considerações sobre as idéias de T. VIEHWEG em seu *Tópica e Jurisprudência*, sustentando, fundamentalmente, que não obstante sejam pertinentes as preocupações com a obtenção de uma decisão justa, quando “a ‘aplicação’ das leis, por via do procedimento de subsunção, não oferecer garantias de uma tal decisão”⁴, não é a tópica, pura e simplesmente, que permitirá a obtenção da justiça. Segundo K. LARENZ, mesmo

*quando se argumenta de modo muito próximo a um argumentar ‘tópica’, no sentido de que determinados ‘tópicos’ são utilizados na discussão, postos à prova, seja no sentido da sua rejeição ou do seu acolhimento, a obrigação de fundamentação da sentença torna necessário um processo intelectual ordenado, em que cada argumento obtenha o seu lugar respectivo, processo que conduza a uma determinada inferência silogística. Por meio de uma mera recolha de pontos de vista relevantes no plano jurídico, um catálogo de ‘tópicos’, não se alcança tal resultado. O apelo à tópica seria de reduzida valia se não pudesse oferecer mais que isso.*⁵

Mais contundente em suas críticas, mas também mais minucioso na análise da real função da tópica na jurisprudência, foi CLAUS-WILHELM CANARIS (1996), na obra denominada *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, onde o professor da Universidade de Munique, já na introdução, afirma que “uma fraqueza essencial do trabalho de Viehweg” reside

50p. cit., p. 204.

no fato de “o sistema axiomático-lógico por ele questionado, não ser, há muito, defendido por ninguém”⁶.

Tal fraqueza é ainda mais realçada no penúltimo capítulo dessa obra de CANARIS, onde ele busca evidenciar que Hartmann, citado por VIEHWEG (1996, pp. 34-35) ao distinguir pensamento sistemático de pensamento problemático, não se insurge de maneira ampla e irrestrita contra aquele, mas apenas contra o pensamento sistemático encapsulado em si mesmo, ou seja, contra os defensores de sistemas fechados. Assim, a dicotomia adotada por VIEHWEG não teria fundamento, na medida em que o pensamento problemático – tópico – não é excludente daquele de cunho sistemático. Ambos convivem e interagem.

Na seqüência, CANARIS (1996, p. 262) busca dar à tópica a sua real dimensão, sustentando inicialmente que “a tópica tem, de facto, essencialmente mais a oferecer ao legislador – e, por conseqüência a uma disciplina como uma politologia normativamente entendida – do que ao juiz”, na exata medida em que a aceitação geral ou qualificada que eleva um mero ponto de vista à condição de *common sense* tem uma maior identidade com o processo legislativo do que com o exercício da função jurisdicional.

Daí decorre a conclusão de que à tópica está reservada a tarefa de preencher lacunas legais e concretizar conceitos vagos encontrados nas normas, pois nestas hipóteses o juiz estará, forçosamente, atuando como legislador.

3.SÍNTESE DAS IDEIAS

Acatando o entendimento de CANARIS, no sentido de que a tópica que pode atuar na jurisprudência é a dialética, devendo ser afastada a tópica retórica, e expostas nos itens anteriores a tese de VIEHWEG e a antítese de LARENZ e CANARIS, buscaremos, agora, apresentar uma síntese dessas ideias.

É certo que a tese desenvolvida por VIEHWEG apresenta uma grande dose de ousadia para a época, na medida em que se dirige contra o fluxo da ciência do Direito praticada na Europa continental, onde a sistematização apareceu

⁶ *Op. cit.*, p. 7

como uma grande conquista. Daí decorre o seu grande impacto e o esforço empreendido na sua refutação, como admitido por CANARIS (1996, p. 244), ao afirmar que “também o presente trabalho deve a sua existência, não por último, aos estímulos provocatórios que as idéias de VIEHWEG em si incluem para cada seguidor do pensamento sistemático”.

Seu grande mérito, mais do que a correção ou incorreção de suas premissas e conclusões, é justamente o alerta que ela faz contra a sistematização fechada, tão ou mais perigosa do que uma ciência do Direito puramente retórica, onde a justiça surgiria da maior capacidade argumentativa de um dos contendores.

Não podemos olvidar o perigo decorrente, por exemplo, de uma equivocada interpretação das palavras de HANS KELSEN (1984, pp. 37-38), quando diz, em sua *Teoria Pura do Direito* que

o juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo. Significa que a conduta real é ‘boa’. O juízo, segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo. Significa que a conduta real é ‘má’.

Deixar unicamente ao ordenamento jurídico, como sistema fechado, a possibilidade de valorar a conduta humana, sem viabilizar a sua apreciação para além da norma, afasta-o de suas finalidades, quais sejam, a consecução da justiça e a pacificação dos conflitos. A purificação promovida por H. KELSEN, se mal compreendida, pode levar à suposição de que o ordenamento jurídico é um sistema perfeito e que os problemas que nele não encontrem solução são falsos problemas ou então não são problemas jurídicos. Não foi essa a intenção de KELSEN ao fazer a sua opção metodológica, mas o impacto de sua obra, e as imperfeitas interpretações que se lhe seguiram, demandavam um contraponto, representado pela tese de VIEHWEG.

Somente uma radical negação do pensamento sistemático poderia arejá-lo, trazendo de volta à ciência do Direito velhas formas de pensar que estavam esquecidas, apesar de sua evidente utilidade, especialmente no que diz com a

decidibilidade dos conflitos. Se o pensamento sistemático não for capaz de solucionar um dado problema, é necessário que um outro método seja empregado, a menos que o ordenamento admita o *non liquet*, o que afastaria o problema — sem dele dar cabo, porém.

Deste modo, conclui-se que a resultante do movimento pendular verificado entre o pensamento problemático defendido por VIEHWEG e o modelo lógico-dedutivo então em voga na Europa continental aponta para a interpenetração de ambos, tal como proposto por CANARIS. A jurisprudência não pode prescindir do pensamento sistemático, mas também não pode rechaçar a tópica, pois como esclarece FERRAZ JR. (1980, p. 107),

a práxis da ciência jurídica, contudo, independentemente das Escolas que a interpretam, se revela numa combinatória de modelos. O jurista, ao enfrentar a questão da decidibilidade, raras vezes se fixa num só modelo, mas utiliza os modelos em conjunto, dando ora primazia a um deles e subordinando os demais, ora colocando-os em pé de igualdade.

4.A JURISPRUDÊNCIA E A TÓPICA NO BRASIL

Feita esta breve exposição sobre a tópica e a ciência do Direito, é chegada a hora de constatar como ela é efetivamente aplicada. Para tanto, serão apresentadas questões colhidas no Direito Brasileiro, especialmente no Direito Ambiental, buscando, com isso, comprovar que a tópica, como técnica de pensamento, tem seu lugar no estudo do Direito, ainda que não com a primazia defendida por VIEHWEG, mas certamente com a função que lhe atribuiu CANARIS.

4.1 A tópica no Direito Ambiental

O Direito Ambiental é rico em situações que ensejam a aplicação do pensamento problemático, na exata medida em que as normas que compõem este subsistema estão cheias de conceitos vagos, cuja concretização somente será possível em cada caso concreto, pois o ordenamento não possui – e nem seria viável qualquer pretensão neste sentido – elementos que bastem a tal fim. Muitas são as normas ambientais que demandam o auxílio de outras ciências

para sua perfeita concretização, abrindo espaços para as mais diversas problematizações.

As dificuldades começam no próprio texto constitucional, onde se lê, no *caput* do art. 225, que todos “têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, (...)”. Definir o que vem a ser o meio ambiente já é bastante difícil, mas existe texto legal que aceita o desafio (art. 3º, I, Lei nº 6.938/81); já uma definição precisa para a locução adjetiva “ecologicamente equilibrado” não é encontrada em nenhum outro dispositivo do ordenamento jurídico, nem mesmo na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), que traz, em seu art. 3º, uma série de definições, nem todas elas, como se verá adiante, completas de sentido.

Na mesma situação estão as expressões “alteração adversa” e “afetem desfavoravelmente”, encontradas, respectivamente, no já citado art. 3º da Lei nº 6.938/81, incisos II e III, c. Na mente de quem lê estes textos legais surge, de imediato, uma vaga idéia do que cada uma destas expressões significa. Todos podem intuir uma definição para elas. Isto nada mais é do que uma atuação da tópica de primeiro grau⁷.

Contudo, existe uma ciência que se dedica ao estudo do equilíbrio ecológico e que possui instrumentos para definí-lo, bem como para determinar o que é uma alteração adversa das características do meio ambiente e uma afetação desfavorável à biota. A Ecologia possui uma série de princípios e definições que atuam, para o jurista, como um catálogo de tópicos. Ao deles dispor, para compor uma argumentação que vá além do senso comum, estará ele se utilizando da tópica de segundo grau.

Aqui, onde o ordenamento jurídico não pode fornecer uma solução sistemática, o pensamento problemático se impõe e o recurso à opinião dos sábios⁸, ou seja, dos cientistas que se dedicam a um determinado ramo do conhecimento humano, é inafastável.

Mas o modo de pensar da tópica não se faz presente apenas nesta hipótese, em que o cientista vai precisar concretizar certos conceitos vagos presentes na Constituição Federal e nas leis. O Direito Ambiental também dela

7 T. VIEHWEG, *op. cit.*, p. 36.

8 T. VIEHWEG, *op. cit.*, p. 25

se socorre para completar lacunas e solucionar antinomias, inerentes à sua ubiquidade.

De fato, tendo em vista que o meio ambiente pode ser didaticamente dividido em quatro facetas, a saber, o meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, não é difícil imaginar a ocorrência de conflitos entre os bens e valores que as compõem, ainda que integrantes de algo único. Tal divisão

busca facilitar a identificação da atividade degradante e do bem imediatamente agredido. Não se pode perder de vista que o direito ambiental tem como objeto maior tutelar a vida saudável, de modo que a classificação apenas identifica o aspecto do meio ambiente em que valores maiores foram aviltados⁹.

O meio ambiente natural é formado fundamentalmente pela fauna, flora, água, ar e solo; já o meio ambiente artificial é caracterizado pelas construções feitas pelo homem, onde ele passa a maior parte de sua vida, quer descansando, quer trabalhando.

Aqui já se configura uma primeira fonte de conflitos, que não de ser solucionados pelo Direito, pois uma melhoria do meio ambiente artificial – a canalização de um rio, com a construção, sobre ele, de uma avenida que melhorará o tráfego de veículos em uma determinada cidade, por exemplo – quase sempre repercute de modo negativo no meio ambiente natural, que sofrerá, em função desta obra humana, uma série de alterações, sem dúvida de caráter prejudicial.

O meio ambiente do trabalho é o local onde o homem exerce uma atividade econômica, podendo ser um local fechado e artificial – uma fábrica ou oficina -, aberto e artificial – as ruas de uma cidade -, ou natural – um campo cultivado, uma área de pastagem ou mesmo a floresta tropical. Aqui se tem outra grande fonte de problemas, pois a queimada da cana-de-açúcar, que causa danos terríveis ao meio ambiente natural, facilita sobremaneira o seu corte, tornando menos penoso o trabalho dos homens que o realizam.

Por fim, o meio ambiente cultural, que é formado pelos “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de

9 C. FIORILLO (2000, p. 19).

referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I- as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artísticas culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.” (art. 216, CF).

Os conflitos, neste caso, vão desde projetos visando asfaltar o histórico calçamento de paralelepípedos de Ouro Preto, em Minas Gerais, ou de Embu das Artes, em São Paulo, sob o argumento de se melhorar o acesso a determinadas atrações turísticas (meio ambiente cultural *versus* meio ambiente artificial), até questões opondo o meio ambiente natural a certas tradições culturais e religiosas que implicam em sacrifício de animais, o que se choca, ao menos aparentemente, com o disposto no art. 225, § 1º, inc. VII, da Constituição Federal.

Uma questão que já se verificou concretamente foi aquela referente à chamada farra do boi, manifestação cultural que ocorria em certas cidades de Santa Catarina. A existência de núcleos de colonização açoriana naquele Estado fez com que ali se manifestasse esta tradição oriunda daquele arquipélago, onde a população, em determinada época do ano, persegue e mata bois, que são consumidos pelos participantes da festa.

Após a divulgação de suas imagens pela televisão, em meados dos anos 1990, uma associação ambientalista ajuizou ação civil pública visando fazer cessar tal prática. A questão chegou, via recurso extraordinário, ao C. Supremo Tribunal Federal, que proferiu acórdão assim ementado:

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE.

A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante de norma constitucional denominado ‘farra do boi’.

(RE 153.531/SC – 2ª Turma – Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO – j. 3.6.97 – M.V. – DJ 13.3.98, p. 13).

A Corte Suprema entendeu, pela maioria dos ministros que compunham sua E. Segunda Turma, vencido o Min. MAURÍCIO CORRÊA, que não obstante a proteção conferida pela Constituição Federal às manifestações culturais de uma determinada população – elemento do meio ambiente cultural -, esta garantia deveria se compatibilizar com a proteção, igualmente constitucional, dos animais.

O problema, apesar da folgada maioria, não é de solução tão simples, pois se a farra do boi é uma manifestação muito específica de certas comunidades catarinenses, sem maior peso na mídia e na opinião pública, é de se supor que a aplicação de um tal precedente aos sacrifícios praticados nos cultos de certas religiões de matriz africana não teria a mesma aceitação.

Neste caso, a solução adotada dificilmente poderia ser fruto de um pensamento sistemático, que na questão da farra do boi somente teve sucesso porque certos aspectos que podem se fazer presentes, como a liberdade de culto e a própria questão racial, não se manifestaram. Seria necessário o recurso à tópica, como forma de buscar uma solução para esta hipótese. A aparente antinomia existente entre as prescrições constitucionais, não solucionada por qualquer outra norma dentro do sistema, só seria bem afastada por meio do pensamento tópico. O pensamento lógico-dedutivo, apesar de conduzir a uma solução, como no caso da farra do boi, deixa de lado diversos aspectos do problema, cuja consideração é de rigor.

Tanto é assim que vozes dissonantes surgiram na doutrina, no sentido de que nestes casos citados não parece existir um conflito entre os ‘direitos’ de bens constitucionais ambientais, pois neste caso só há uma solução: prevalece a cultura de um povo, somenos se aquele animal que participa da atividade cultural estiver em processo de extinção. Neste caso, até porque comprometeria a própria perpetuação do costume em tela e, ainda, porque aquele animal teria um mínimo de chance de sobreviver na cadeia ecológica, entendemos que sua preservação deve ser garantida. Entretanto, se não for o caso (percebe-se então que se trata de uma análise casuística), pensamos que a identidade de um povo deve permanecer viva, qual seja, a própria personificação da sua dignidade como integrante daquela região. Entendemos que o art. 225, caput, com o 215 e com o 1º, III da CF, autorizam a prática do costume cultural. Se,

ao contrário, se tratasse de um costume onde o sacrifício, por exemplo, recaísse sobre o tamanduá-bandeira, animal em via de extinção, nos parece que a solução deveria ser a de preservação da espécie animal¹⁰.

Sem a tópica, apta a revelar e considerar todas as facetas do problema, chegaríamos apenas à simplista solução de que a manifestação cultural é de ser garantida se não implicar em maltrato de animal. Cabe aqui, para finalizar este item, mencionar a lição de CANARIS no sentido de que, perante

o pensamento sistemático, a tópica tem, assim, aqui, uma função complementadora inteiramente legítima a cumprir; pode-se mesmo dizer que, nesta questão, se exprime de novo a 'polaridade' dos valores jurídicos mais elevados: a tópica ordena-se na equidade, portanto na tendência individualizadora da justiça; ela representa o processo adequado para um problema singular formulado o mais estritamente possível ou uma argumentação de equidade, orientada para o caso concreto, na qual, no essencial, nenhum ponto de vista discutível se pode rejeitar liminarmente como inadmissível, tal como é típico do pensamento sistemático abstrato, apoiado na tendência generalizadora da justiça¹¹.

CONCLUSÃO

Do quanto exposto, podemos concluir que o maior mérito da tese desenvolvida por VIEHWEG foi ter tirado a jurisprudência de um perigoso consenso sistemático, onde todas as questões poderiam ser resolvidas dentro do próprio ordenamento jurídico. Se isto não fosse possível, a questão era falsa ou não era jurídica.

Foi a partir das críticas desencadeadas contra sua obra que se reforçou a necessidade, já então nascente, de compreendermos o ordenamento jurídico como um sistema aberto. As obras de LARENZ e CANARIS buscaram outros modos de pensar que permitiram evitar as limitações de um puro raciocínio lógico-dedutivo, insuficiente para abarcar todo o fenômeno jurídico. CANARIS reconhece, em um âmbito bastante bem delimitado, os méritos da tópica como forma de se pensar o Direito, atribuindo-lhe as não desprezíveis tarefas de preencher lacunas do ordenamento e concretizar conceitos vagos.

10 C. FIORILLO e M. RODRIGUES (1999, p. 54).

11 *Op. cit.*, p. 272.

E nestas funções, como se demonstrou com exemplo extraído do Direito Brasileiro, a tópica desempenha bastante bem o seu papel, produzindo resultados que não seriam alcançados apenas com o pensamento sistemático, cuja supremacia foi por ela posta em dúvida.

BIBLIOGRAFIA

- Canaris, C-W. (1996). *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Trad. A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Ferraz Jr., T. S. (1980). *A Ciência do Direito*, 2ª ed. São Paulo: Atlas.
- Fiorillo, C. A. P. & Rodrigues, M. A. (1999). *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*, 2ª ed. São Paulo: Max Limonad.
- Fiorillo, C. A. P. (2000). *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo: Saraiva.
- Kelsen, H. (1984). *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado.
- Larenz, K. (1997). *Metodologia da Ciência do Direito*, Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Machado, P. A. L. (2000). *Direito Ambiental Brasileiro*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros.
- Viehweg, T. (1979). *Tópica e Jurisprudência*, Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional.