

## UM ACÓRDÃO DE ACORDO COM VIEHWEG (Um caso concreto sobre a tópica)

LUIZ EDSON FACHIN

Professor de Direito da PUC-PR e da Faculdade  
de Direito de Curitiba; Mestre em Direito  
das Relações Sociais pela PUC-SP

### I — O ACÓRDÃO EM EXAME

#### REIVINDICAÇÃO — Improcedência.

*É inadmissível a ação reivindicatória baseada no art. 524 do Código Civil, contra o promitente comprador, imitado na posse, sem prévia ou simultânea rescisão do compromisso de compra e venda, porque enquanto existir o contrato a posse do réu é justa, não se completando o requisito da injustiça da posse.*

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos este autos de apelação cível 12.332, da comarca da Capital, em que são apelantes Antônio Athanázio e sua mulher, sendo apelada A. Gonzaga S/A — Engenharia e Incorporações Imobiliárias: Acordam, em 1.ª Câmara Cível, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para julgar improcedente a ação, condenando, a autora, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios dos réus, estes fixados em 10% sobre o valor dado à causa. Custas na forma da lei.

Trata-se de ação reivindicatória proposta por A. Gonzaga S/A — Engenharia e Incorporações Imobiliárias contra Antônio Athanázio e sua mulher, sob o fundamento de que é a única e exclusiva proprietária do apartamento n. 801 do Edifício Kastellorizon, referido na inicial, ocupado pelos réus, que detêm, injustamente, a sua posse, baseados em documentos não transcritos e insuscetíveis de transcrição, não podendo prevalecer, assim, sobre o direito real de domínio da autora.

Esclarece ainda que ditos documentos instruíram a ação possessória intentada pelos réus Antônio Athanázio e sua mulher e não provam a existência de troca ou permuta.

Conclui por requerer a condenação dos réus à restituição do referido apartamento, e na indenização dos prejuízos sofridos.

Os réus, citados, contestaram a ação. Dizem ser inteiramente carente de fundamento a reivindicatória ajuizada, visto já terem sido reintegrados na posse desse imóvel por força de sentença transitada em julgado, proferida na ação referida.

Alegam mais que, para prosperar a ação, o imóvel vindicando deveria ter sido especificamente individualizado, não bastando a simples remissão à escritura pública que apresenta, ainda, diferença quanto à metragem da área construída.

Observam, finalmente, ser destituída de fundamento a alegada posse injusta dos requeridos, e que a autora conseguiu, fraudulentamente, o título de propriedade, motivo por que se impunha a improcedência da ação.

Impugnada a contestação e saneado o processo, realizou-se a audiência de instrução e julgamento, sem produção de provas, tendo as partes oferecido memoriais.

Sentenciando, o Dr. Juiz *a quo* julgou procedente a ação, condenando os réus a restituírem o imóvel questionado e nas perdas e danos a serem apurados em execução.

A decisão de primeiro grau considerou que "a autora tem seu título regularmente transcrito e que, por isso, se sobrepõe a um contrato que não se completou e que não foi inscrito", ressalvando aos requeridos, entretanto, o direito de se verem indenizados face à não concretização do negócio.

Os réus, reportando-se aos argumentos anteriormente expendidos, apelaram, pleiteando a reforma da decisão recorrida.

O recurso foi contra-arrazoado e os autos remetidos ao Juízo de segundo grau.

Segundo a certidão de fls., os ora apelantes Antônio Athanázio e sua mulher, por escritura pública de compra e venda, transferiram a Armando Luiz Gonzaga, pelo preço de Cr\$ 36.000,00, o domínio útil do terreno da Marinha que vem descrito nesse documento, situado à Rua Bocaiúva, nesta Capital.

Pelo termo de pagamento de fls., firmado por Armando Luiz Gonzaga, Antônio Athanázio e Pantaleão Athanázio e suas respectivas mulheres, ficou esclarecido que, em vez de dinheiro, receberam, os apelantes, um apartamento e uma vaga de garagem. Segundo seus signatários, tal termo passou a integrar a escritura pública referida, para os efeitos de direito.

Em data de 4.9.70, a firma A. Gonzaga, por seu representante legal, firmou o compromisso de compra e venda de fls., relativo ao apartamento em questão, nele consignando que o preço total do mesmo decorreria de permuta realizada e se achava devidamente quitado.

A fls. consta a certidão da escritura pública, lavrada em 7.1.74, segundo a qual Armando Luiz Gonzaga transferiu a autora o citado apartamento.

Cumprе frisar que, ao contestar a ação de reintegração de posse mencionada, a ré apelada reconheceu a existência do compromisso de compra e venda quando afirmou que "pelo documento de fls. foi essa promessa formalizada, especificando-se que a fração ideal seria de 2,401%, o número da unidade autônoma 801, o preço Cr\$ 88.248,00 e a área construída 160,45m<sup>2</sup>" (Certidão de fls.).

Diz o art. 524 do CC: "A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua".

Resulta, pois, serem dois os requisitos para a propositura de reivindicatória: a propriedade atual do titular e a posse injusta do réu.

O domínio da autora é, no caso, evidente, indiscutível. O imóvel reivindicando se encontra transcrito em seu nome e, "até prova em contrário, presume-se pertencer a propriedade àquele a cujo nome está transcrita no Registro de Imóveis" (*Jurisprudência do Tribunal de Santa Catarina*, 1967/330).

Cumprе examinar, pois, se justa ou injusta a posse exercida pelos réus Antônio Athanázio e sua mulher.

Segundo Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, VII/280) "dizendo, o Código — injustamente os possua — poderá dar margem a dúvidas, por isso que somente não é justa a posse, nos termos do art. 489, quando for violenta, clandestina ou precária, podendo parecer que, no sistema do Código, pois, a ação de reivindicatória só poderá ser exercida contra o possuidor injusto, vale dizer, contra aquele cuja posse seja violenta, clandestina ou precária.

Mas não é verdade que o Código tenha por semelhante forma restringido o direito à reivindicatória. O que aliás não lhe seria lícito fazer, de vez que importaria em restrição do direito de propriedade, cuja amplitude é garantida no próprio texto supra, e, por isso mesmo, não suscetível de ser restringida pela proteção que se quisesse assegurar ao possuidor.

O d. Sá Pereira explica satisfatoriamente: “Se o legislador houvera atribuído à palavra injusta uma significação exclusiva, sempre a mesma, este raciocínio seria irresponsável.

“Assim, porém, não foi; ele se ateu à doutrina na qual ela tem um sentido genérico e um sentido específico.

“Posse justa, em sentido lato, escreve Lafayette, é aquela cuja aquisição não repugna ao direito. No caso contrário, a posse se diz injusta.

“Em sentido restrito, posse justa significa a que é isenta de algum dos três vícios seguintes: violência, clandestinidade ou precariedade”.

Os réus exercem a posse física sobre o bem reivindicando, em decorrência de compromisso de compra e venda (fls.) irrevogável e irretroatável, sem cláusula de arrependimento, celebrado em 4.9.70.

Tal compromisso não foi rescindido quando da propositura da ação reivindicatória, encontrando-se, assim, em pleno vigor.

“E a posse decorrente de promessa de compra e venda quitada é justa, tanto para os efeitos da ação possessória quanto frente à ação reivindicatória” (RJTJRS, 20/163).

“Certo ou errado, nulo ou não o contrato é preciso que seja desconstituído para que, depois, a parte possa exercer o direito de reivindicação. Mas, enquanto existir o contrato, a posse dos réus é justa. Não se completa o requisito da ação de reivindicação de que tem de ser injusta a posse (art. 524 do CC)” (RJTJRS 48/384).

Por sua vez, o reconhecimento da posse justa dos réus, face ao compromisso de compra e venda discutido, não afeta ao direito de propriedade da autora. Pelo contrário, reforça-o, pois quem contrata a compra e venda de uma coisa o faz porque reconhece o domínio do vendedor.

E a promessa de compra e venda afasta a reivindicação, pois, quem possui em virtude de promessa de compra e venda, não possui injustamente.

No caso os promitentes compradores entraram na posse do apartamento em questão através de ato válido. Aliás, tal posse já foi apreciada por esta Câmara que deferiu aos ora apelantes a reintegração de posse pleiteada, reconhecendo, assim, a sua legitimidade.

Percebe-se, pois, que os réus vinham exercendo posse justa em virtude de ato jurídico válido.

“... a orientação dominante é que, na reivindicação, a posse, que é fato, não pode estabelecer confronto com o domínio que é direito. Mas é também de salientar que a ocupação, no caso, é em decorrência de um documento e resulta de um negócio jurídico que se afigura como compromisso, é um contrato que exige a prévia rescisão; uma vez rescindido é que estaria, então, caracterizada a posse injusta” (RJTJRS 34/114).

Tal é o entendimento, igualmente, do Excelso Pretório, sendo qual o compromisso de compra e venda não rescindido impede a procedência da ação reivindicatória.

“Inadmissível a reivindicatória baseada no art. 524 do CC, contra o promitente comprador, imitado na posse, sem prévia ou simultânea rescisão do contrato de promessa de compra e venda” (STF, 2.ª Turma, in RTJ 50/727).

Este Tribunal, em acórdãos da lavra dos eminentes Des. Tycho Bhahe e Osny Caetano, decidiu: “É inadmissível a reivindicatória baseada no art. 524 do CC, contra o promitente comprador, imitado na posse, sem prévia ou simultânea rescisão do compromisso de compra e venda” (Jurisprudência Catarinense 5/6, pp. 312 e 13-189).

No mesmo sentido, ainda, os julgados insertos na Revista Jurídica 35/207 e 40/216 e RJTJRS 16/231 e 32/339.

Outro aspecto, bem focalizado nos julgados transcritos na RT 184/227 e 272/264, pode ser acrescido à hipótese de reivindicatória movida contra promitente comprador. É o de que o cabimento da reivindicação está no fato de o possuidor, de quem se reivindica, possuir a coisa com *animus domini*, assim de modo lesivo ao legítimo proprietário. Ora, no compromisso de compra e venda, o compromissário comprador exerce a posse direta, que não afasta a posse indireta do promitente vendedor ou de

quem o sucede nos direitos dominiais. Assim, em tais casos, o direito de propriedade não é violado pela posse do compromissário comprador, mas, bem ao contrário, reconhecido.

Falta no caso, assim, requisito indispensável para o exercício da ação reivindicatória, ou seja, a posse injusta dos réus.

Em sentido estrito, a posse será justa, como vimos, quando não se revestir da eiva de violência, clandestinidade ou precariedade e, em sentido lato, quando a respectiva aquisição não repugna ao direito.

Ora, a posse do compromissário comprador, cujo título não foi rescindido ou anulado, não se pode dizer obtida *vi, clam aut precario*. Nem esse tipo de aquisição repugna ao direito.

E, conforme já assinalado, não se considera injusta a posse do promitente comprador, na conceituação do art. 524 do CC, enquanto não for rescindido o compromisso.

"Aquele que ocupa um terreno em virtude de compromisso de compra e venda, feito com quem tinha autoridade para celebrar o compromisso, não exerce posse injusta sobre o imóvel, descabendo, pois, a reivindicatória" (RT 287/501).

Enquanto não houver o decreto da rescisão, sempre será justa a posse dos réus, obtidas por contrato lícito da autora, a quem foi, por parte de Armando Luiz Gonzaga, transferido o domínio do imóvel.

Poder-se-ia até mesmo dizer que, no caso, os réus estariam autorizados a valer-se da *exceptio rei venditae et traditae*.

Lafayette coloca, entre outras hipóteses de oposição da referida exceção, que repele a reivindicatória aquela que ocorre "quando a coisa foi alienada ao réu pelo próprio reivindicante que não era proprietário dela ao tempo da alienação, mas que a adquiriu por título posterior, universal ou singular" (*Direito das Coisas*, I/284, 5.<sup>a</sup> ed., 1943, § 86).

Tendo a autora, no caso, obtido a *res* de quem não podia reivindicá-la ao réu, a ela, igualmente, não será dado reivindicar, porque o seu direito não é superior àquele de quem houve o bem.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, condenada, a autora, ao pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios dos réus, arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Florianópolis, 28 de julho de 1977 — EDUARDO LUZ, pres. — AYRES GAMA, relator — RAOUL BUENDGENS.

## II — A INTERPRETAÇÃO SEGUNDO THEODORO VIEHWEG

### COMENTÁRIO\*

O exame do acórdão visa evidenciar a presença e relevância da tópica e do pensamento problemático na efetivação da justiça, bem como explicitá-los em seus aspectos fundamentais à luz do ensinamento de Viehweg.<sup>1</sup>

Observações propedêuticas sobre a tópica são necessárias. Uma delas é a decomposição sob o ponto de vista etimológico. Dar, contudo, *topos*

\* Trabalho apresentado no Curso de Mestrado, na disciplina de Teoria Geral do Direito, da PUC-SP, ministrado pelo Prof. Ubiratan de Couto Maurício e coordenado pelo Prof. André Franco Montoro.

1. Cf. Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília, ed. Ministério da Justiça, Co-edição da Ed. Universidade de Brasília, 1979.

como lugar, situação, e *topoi* como orientador (isto é, ponto de referência na argumentação) da problematização, não permite, desde logo, apreender a totalidade de seu significado. Precário este modo, vale recorrer ao cadastro doutrinário da história. *Topoi*, diz Aristóteles, são pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade.<sup>2</sup>

Na doutrina moderna, os conteúdos dos juízos formados acerca da tópica recebem maior riqueza na sua explicitação, ao dar a tópica como técnica de pensar problemas, que tem sua origem na retórica.<sup>3</sup> Larenz, por sua vez, tomando por base Aristóteles e Cícero, entende por tópicos pontos de vista, questões e argumentos gerais considerados pertinentes.<sup>4</sup> O professor Luís Fernando Coelho, com fundamento em observação teleológica, afirma que a tópica é a teoria da *praxis*, no mais amplo sentido.<sup>5</sup>

Postos vários conceitos para definir tópica, cabe, neste passo, escutar Viehweg. De início diz que “a tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema”.<sup>6</sup> Por isso dá à tópica a sinonímia de arte da invenção. Contudo, percebe-se em Viehweg, que a tópica não é somente isso. Na linha de pensamento de Cícero, do qual ressalta sua importância superior no trato do tema, concebe a tópica como procedimento de busca de premissas.

Aponta com peculiar propriedade Luís Fernando Coelho três características básicas do pensamento tópico: problemático, argumentativo e assistemático. E aduz: as operações de natureza prevalentemente tópica, são operações pré-lógicas, problemáticas e fornecem o material para posterior tratamento sistemático-dedutivo.<sup>7</sup>

Tópico jurídico é “posse justa”, cuja discussão pode ser cercada por problemas mediante argumentos bastante diferenciados da lógica sistemático-dedutiva ou de qualquer formalismo silogístico. Assim, o problema da posse justa ou injusta pode receber tal caracterização tanto ao mérito (conteúdo) quanto à forma de argumentação (pensar por problemas).

Outra observação indispensável concerne à localização doutrinária da tópica em Viehweg.

O professor Montoro, incluindo Viehweg com outros tratadistas sob os postulados da lógica do concreto, dado que a tópica — bem como a lógica

2. *Tópicos*, trad. Leonel Vallandro e Gerd Borneheim da versão inglesa de N. A. Pickar, Cambridge, S. Paulo, 19.<sup>a</sup> ed., Abril Cultural, 1973.

3. Cf. Karl Engisch, *Introdução do pensamento jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.<sup>a</sup> ed., 1977.

4. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

5. Luís Fernando Coelho, *Lógica jurídica e interpretação das leis*, Rio, Forense, 19.<sup>a</sup> ed., 1979.

6. Theodor Viehweg, ob. cit., p. 33. Aduz Viehweg seu conceito de problema como sendo “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há de se buscar uma resposta como solução”, p. 34.

7. Ob. cit., p. 220.

do razoável, de Siches — consistiriam em modalidades daquela, afirma que tal tratamento tópico para a ciência do Direito conclui por negar o Direito Positivo como sistema e mais: trata-se de “uma posição mais arrojada, segundo a qual o universo jurídico não é suscetível de compreensão sistemática”.<sup>8</sup>

Opondo à axiomática, ou seja à técnica do pensamento sistemático-dedutivo, Viehweg, segundo o professor Luís Fernando Coelho, constrói com a tópica uma nova teoria do direito, “concebida como a teoria da *praxis*, entendida no seu mais amplo sentido”.<sup>9</sup>

É reconhecido que o pensamento tópico contrapõe-se ao tipo de pensamento sistemático-dedutivo, tendo na tópica o modelo estrutural do discorrer dos juristas.

Consoante Larenz, a tese fundamental de Viehweg é a de que a jurisprudência “só pode satisfazer o seu objeto próprio (“a questão de saber o que aqui e agora, em cada caso é justo”), se não proceder por “via sistemático-dedutiva”, mas sim “topicamente”.<sup>10</sup>

Na mesma direção Recaséns Siches, afirmando que Viehweg, ao tomar a tópica e a dialética de Aristóteles, Cícero e os jurisconsultos romanos, mostra que o pensamento jurídico não pode ser sistemático nem dedutivo; aduz que o pensamento jurídico, ao contrário, deve ser pensamento sobre problemas, porém, não somente sobre o problema, mas ainda a propósito dos componentes de tais problemas e/ou com os valores.<sup>11</sup>

O jogo de suscitações provocado por um problema completo e objetivo que não é possível eliminar: aí temos a tópica ou arte de invenção concebida por Viehweg. Observa-se desde já a ligação desta técnica do pensamento problemático com o caráter aporético que possuem tais questões. Não se trata de mecanismo simplista ou casuísta, evidentemente, uma vez que o caminho a ser apontado para o caso que exigia e não obteve do pensamento sistemático uma resposta lógico-dedutiva compõem-se de movimento de reflexão, com pontos móveis e variáveis, ao invés de meros reflexos rígidos previamente delineados.

A abrangência desta concepção requer certos pressupostos. Um deles é de que não seja inserida em uma ordem completa edificada e determinada. É *conditio* para sua inclusão a visão fragmentária do todo, vale dizer, da ordem ainda por determinar. Qual o modo de proceder que permite a ocorrência dessa articulação? Redargúi Viehweg: “Quando se depara, onde quer que seja, com um problema, pode-se naturalmente proceder de um modo simples, tomando-se, através de tentativas, pontos de vista mais ou menos causais, escolhidos arbitrariamente. Buscam-se desde modo premissas que seja objetivamente adequadas e fecundas e que nos possam levar a conseqüências que nos iluminem”.<sup>12</sup> Porém, tal proceder eivado pela

8. Cf. Franco Montoro, *Estudos de Filosofia do Direito*, S. Paulo, RT, 1981, p. 131.

9. Ob. cit., p. 221.

10. Ob. cit., p. 180.

11. Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofia de la interpretación del derecho*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1956.

12. Ob. cit., p. 36.

casualidade serve-se mais da experiência diária, onde a tópica não se apresenta assim de maneira explícita. Daí Viehweg denominá-lo de “tópica de primeiro grau”. Quando aqueles “pontos de vista” constituírem um repertório, preparados previamente, são produzidos os chamados “catálogos de *topoi*”, aí temos a “tópica de segundo grau”.<sup>13</sup>

Se se ocupa das premissas, e estas constituem o material para pensar que depois se ajusta à lógica, a tópica indubitavelmente antecede a lógica.

No acórdão em tela denota-se que estamos diante de uma questão de fato — que consiste na existência do compromisso de compra e venda — e de uma *quaestio juris* — que é saber a extensão do conceito “justa posse”. O problema é: tem o compromissário na vigência do contrato posse justa? Tal indagação é enfrentada pelo acórdão. A resposta afirmativa do julgado não tem por base uma interpretação restritiva do direito à reivindicação, a qual dá como justa somente a posse que nos termos do art. 489 não for violenta, clandestina ou precária. Contudo, é fornecido ao instituto legislado em sentido amplo de que posse justa é aquela cuja aquisição não repugna ao direito. O compromisso de compra e venda, por decorrência, ato jurídico válido, confere aos réus o exercício da posse justa, impedindo a procedência de ação rescisória. Sendo assim, faltou no caso requisito indispensável para o pleito reivindicatório: a posse injusta.

O julgado coloca-nos a frente de duas questões: a solução do dispositivo legal, *a contrario sensu*, quando define o que é posse injusta, e a impossibilidade de proceder uma solução do problema (isto é, uma resposta que faça justiça aqui e agora), somente através de um rígido discurso ou sistema. Foi necessário, em primeiro lugar, recorrer a argumento de estilo tópico, que mesmo utilizado pela lógica jurídica procede da tópica. Em segundo lugar, permitiu-se a definição de justa posse de modo a caracterizar

13. Críticas, entretanto, podem ainda ser endereçadas à Viehweg. Em verdade, os dissensos não se contrapõem ao fundamental em Viehweg, a pertinência imediata com a justiça em cada caso concreto. Aliás, tal relação é evidenciada preponderantemente de modo meritório.

A propósito, vale citar tema de estudo do prof. Barbosa Moreira sobre “Regras e Experiência e Conceitos Juridicamente indeterminados” (in *Revista Forense*, v. 261), no qual examina o art. 335 do Código de Processo Civil Brasileiro vigente, onde trata de noções oriundas da patrimônio cultural comum da sociedade, “as quais extrapolam a mera instrumentalização da prova e permitem ao julgador, diante dos conceitos juridicamente indeterminados aclarar palavras ou expressões de sentido impreciso”.

Ora, é indiscutível que com maestria o prof. Barbosa Moreira adentra não somente no campo do papel criador presente na atividade do julgador, como também na questão levantada com as premissas na tópica.

A explicitação desta utilização das regras de experiência, em se tratando de conceitos juridicamente indeterminados, está diretamente vinculada na relação entre o proceder tópico e a efetivação da justiça.

Ao estudar a questão pertinente aos vazios do direito, a profa. Maria Helena Diniz (in *As lacunas no Direito*), refere-se à tópica ainda como forma de integração das lacunas.

O que é relevante, também, naquela obra é a postura utilizadas no desenvolvimento do tema. Isto é: também sob o ponto de vista metodológico a autora aproveita de certo modo do recurso tópico, evidenciando duplo uso da tópica, formalmente similar ao referido acerca do acórdão em pauta.

um sistema passível de elasticidade. Evidente que se a decisão tivesse em mira tão-somente um sistema lógico-dedutivo e formalista, a conclusão seria pela procedência da reivindicação, uma vez que os réus não poderiam provar sua justa posse.

A realização da justiça está intrinsecamente ligada à aplicação do Direito, como demonstramos.

Não se reduz a isso, porém; de qualquer modo, está intimamente vinculada à atividade do julgador, que tem por missão maior “fazer justiça”. Trata-se, em verdade, não somente de interpretação da norma, como também da integração da norma. O Direito, para tanto, não pode consistir em sistema lógico-formal distanciado da realidade social. É nesta aproximação que exsurge o caráter dialético do Direito, e aí sua vida, em movimento e totalidade, torna-se dinâmica. E isto encontra-se diretamente ligado à função do juiz. Chega-se a dizer que “ou se terá um Direito mais justo, pela atuação do juiz, ou não se terá nada”, na tese de João Baptista Herkenhoff.<sup>14</sup> Ora, é precisamente aí que o proceder tópico adquire sua maior importância.

A lógica do concreto, na qual insere-se Viehweg, adianta que julgar, em verdade, é escolher premissas em consonância com a solução justa. Então, se de um lado temos que tais premissas são encontradas no “patrimônio cultural comum da sociedade”, para usar a feliz expressão do prof. Barbosa Moreira, e de outro que tais premissas constituem instrumento de realização da justiça, é indissociável a relevância do pensamento problemático, neste quadro.<sup>15</sup>

Os denominados tópicos jurídicos permitem na sua explicitação que seja dada guarida, no Direito, de toda a carga cultural da comunidade, através da ação do juiz, mediante tarefa criadora de Direito.

14. João Baptista Herkenhoff, *Como aplicar o Direito*, Rio, Forense, 1979.

15. Afirmção basililar é a de que a tópica é uma busca de premissas aplicada à decidibilidade. Antes de esboçar ainda que de modo temerário qualquer redarguição é necessário advertir que a busca de premissas se identifica com a *ars inveniendi* e de certo modo até com a tópica. Porém, isto significa concluir, num plano lógico, que não corresponde necessariamente aos *topos*, objeto da arte de invenção. Seria bem mais fácil compreender Viehweg se assim não fosse. Porém, nem o próprio mestre alemão, nesta obra, comparece com muitas luzes. Tomando aquela asserção como correta (logo, não é imprescindível que seja verdadeira tendo em vista ser verdadeira ou não em função de seu referencial), cabe de início uma observação crítica: não confundir premissa com *topoi* não indica a opção por um sistema cuja origem somente se explicita por modos abstratos? Procede, em parte, à medida em que se acredite na concreção das premissas. Entretanto, há que se convir desde já que elas não possuem uma estrutura lógica de explicação ou de formação. A raiz de um conceito não é o próprio conceito. Nem por isso, todavia, é dado à tópica uma direção “ideal”. Mas se as premissas não são o próprio conceito ou as proposições (*topoi* de segundo grau), o que são? Podemos aceitar, em tese, a posição de que as premissas são o conteúdo do conceito explicitado. “Boa-fé”, “justa posse”, “posse injusta”, são pontos de argumentação que inseridos em determinado contexto do universo jurídico se auto-explicam. Isto não lhes tira o conteúdo nem a sua significação. E donde provém tal significado? Aí torna-se possível esboçar duas ou três teses para compreensão, as quais redundam por dar como origem uma ambivalente postura da natureza representativa em conjunto dos sinais no sentido de carga histórico-cultural. Este esboço, longe de esgotar a questão, apenas serve para patentear uma preocupação que com melhor análise fluirá de modo mais rico e extenso.



A t3pica fornece, portanto, instrumental descortinador 3 fun33o do magistrado, compat3vel com a necessidade em adequar a norma positivada com aquela que se afigura mais coerente com o caso concreto. Diante da tend3ncia contempor3nea a chamar o Direito para suas reais fun33es e ra3zes, tal postura p3e-se presente na busca do justo.

Do exposto, n3o resta d3vida em dois pontos: da presen3a do pensar por problemas no discurso jur3dico moderno, e da efetiva relev3ncia da t3pica na distribui33o da justi3a. Neg3-la corresponderia vetar o ingresso no universo jur3dico do maior componente deste sistema: a vida social, sua flexibilidade e muta33es.

Al3m disso, desde a antiguidade os t3picos principiam justamente na considera33o da fun33o social de toda e qualquer teoriza33o, uma vez que suas premissas est3o assentadas justamente no contexto para o qual se dirige a quest3o crucial e contempor3nea do direito: a justi3a. Promov3-la significa ent3o, na ci3ncia do direito, buscar seu ber3o e dele extrair, em cada caso o justo.

Para tanto, procurou-se dar a defini33o e caracteriza33o dos t3picos jur3dicos, al3m de breve percurso hist3rico do "pensar problem3tico", concluindo, a final, por evidenciar do ponto de vista teleol3gico sua indisfar33vel utilidade social 3 medida em que se prontifica realizar o que o prof. Montoro chama com superior maestria de direito vivo coerente com o justo, aqui e agora.