

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO,
DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO**

JEAN CARLOS DIAS

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

JULIO DE SOUZA COMPARINI

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias, Juraci Mourão Lopes Filho, Julio de Souza Comparini – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-275-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Os Caminhos Da Internacionalização E O Futuro Do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Argumentação e realismo jurídico.

XXXII Congresso Nacional do CONPEDI São Paulo - SP (4: 2025: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Vivemos um momento em que o direito se projeta em discussões envolvendo a democracia e a tecnologia, com tais campos se relacionando - ou se irritando, na gramática luhmanniana - de forma tensa e, muitas vezes, imprevisível. O Supremo Tribunal Federal ocupa o centro do debate público, as disputas em torno da Constituição ganham as redes e, ao mesmo tempo, ferramentas de inteligência artificial começam a participar, de maneira crescente, da produção e da gestão de informações jurídicas. É nesse cenário que se situam os trabalhos reunidos neste GT. Eles partem da ideia de que o direito é uma prática argumentativa, histórica e institucionalmente situada, e não um conjunto neutro de fórmulas prontas.

Uma parte importante dos textos gira em torno da jurisdição constitucional e das técnicas de decisão do STF. Discutem-se temas como mora legislativa, decisões manipulativas, reserva legal em matéria penal e o modo como a Corte, na prática, deixa de ser apenas guardiã "negativa" da Constituição para também produzir normatividade; tal movimento recoloca questões conhecidas, mas nada triviais, sobre separação de poderes, criatividade judicial e legitimidade democrática.

Outro conjunto de trabalhos volta-se à linguagem, à retórica e às formas do raciocínio jurídico. A retórica é entendida não como ornamento, mas como técnica de dar razões em público, atravessando a história desde a pólis grega até o processo contemporâneo. A partir de autores clássicos e da teoria dos princípios, mostra-se que decidir em direito é lidar com incerteza, conflitos de valores e diferentes comunidades interpretativas. "Logos", "ethos" e "pathos" - categorias originalmente aristotélicas - reaparecem, aqui, como dimensões que ajudam a pensar o lugar da argumentação jurídica em uma rationalidade prática que precisa ser, ao mesmo tempo, rigorosa e responsável.

A relação entre inteligência artificial e decisão judicial forma um terceiro eixo da coletânea. Dialogando com debates sobre lógica, normas jurídicas e falibilismo, os textos perguntam até que ponto se pode falar em “decisão” por computador e quais são os riscos envolvidos na delegação de tarefas interpretativas a algoritmos. A discussão passa por problemas concretos, como a fabricação de “jurisprudência” inexistente por sistemas de linguagem e o uso

silencioso de ferramentas de inteligência artificial na redação de peças e sentenças, e insiste na necessidade de governança algorítmica transparente, criticável e subordinada a parâmetros constitucionais claros.

Há ainda estudos voltados à teoria das normas e à sua aplicação em campos específicos, como o direito eleitoral e partidário. A distinção entre regras, princípios e postulados é retomada para mostrar que o uso pouco rigoroso de categorias como proporcionalidade e razoabilidade pode comprometer tanto a segurança jurídica quanto a coerência das decisões, por exemplo, na análise das contas de partidos políticos. Em vez de abandonar esses instrumentos, os textos propõem critérios mais cuidadosos para o seu emprego na concretização de valores constitucionais.

O que aproxima todos esses trabalhos é uma mesma atitude de fundo: a recusa de tratar o direito como simples técnica neutra e a insistência em vê-lo como prática de justificação pública, atravessada por escolhas teórico-filosóficas, históricas e éticas. Em vez de oferecer respostas definitivas, o volume procura abrir e qualificar perguntas. Ao articular teoria e prática, dogmática e filosofia, direito constitucional, eleitoral, teoria da argumentação e reflexão sobre tecnologia, os textos aqui reunidos oferecem ao leitor um convite: pensar, com mais calma e rigor, qual é o lugar do direito em um mundo marcado por crises institucionais, transformações tecnológicas rápidas e disputas intensas em torno da própria ideia de justiça.

Prof. Dr. Julio de Souza Comparini - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM)

Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

A DIMENSÃO PITANÊUTICA DA RETÓRICA ANALÍTICA: O RACIOCÍNIO INDUTIVO COMO CONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO

THE PITHANETIC DIMENSION OF ANALYTICAL RHETORIC: INDUCTIVE REASONING AS A CONSTRUCTION OF LEGAL THOUGHT

Yan Augusto Bezerra Bernardo¹

Resumo

O presente escrito tem como pressuposto a concepção de que o pensamento jurídico é moldado pelo raciocínio indutivo. Para defender essa hipótese, utiliza-se como referencial teórico a retórica analítica de Ballweg, com foco na dimensão pitanêutica da análise retórica fronética. O estudo, de caráter interpretativo-qualitativo, é construído através das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. No desenvolvimento do estudo, demonstra-se como a tripartição da análise fronética é um espelhamento do esquema proposto por Ballweg para sua retórica analítica, com auxílio da tradição linguístico-pragmática de Wittgenstein. Por fim, realiza-se uma análise da ADO 26/DF, que equiparou o crime de transfobia e homofobia ao crime de racismo. A decisão é utilizada para evidenciar a tópica como techné do pensamento jurídico, mostrando como esse método de argumentação se desenvolve na prática por meio das elucidações de endoxas e tópoi nas argumentações do ministro Celso de Mello, voto vencedor, e do ministro Marco Aurélio Mello, voto vencido.

Palavras-chave: Ado 26/df, Dimensão pitanêutica, Método tópico, Raciocínio indutivo, Retórica analítica

Abstract/Resumen/Résumé

The present work is based on the premise that legal thought is shaped by inductive reasoning. To defend this hypothesis, it uses the analytical rhetoric of Ballweg as its theoretical framework, with a focus on the pithanetic dimension of phronetic rhetorical analysis. This interpretive-qualitative study is constructed through bibliographical and documentary research techniques. In the development of this work, it is demonstrated how the tripartition of phronetic analysis reflects the scheme proposed by Ballweg for his analytical rhetoric, with the aid of Wittgenstein's linguistic-pragmatic tradition. Finally, an analysis of the ADO 26/DF case, which equated the crime of transfobia and homophobia to the crime of racism, is conducted. The decision is used to demonstrate the topical method as the techné of legal thought, showing how this method of argumentation develops in practice through the elucidation of endoxa and topoi in the arguments of Justice Celso de Mello, the majority opinion, and Justice Marco Aurélio Mello, the dissenting opinion.

¹ Graduado em Direito pela (UFPB). Mestrando em Direito pela UFPE. Estudante nos grupos de pesquisa "Neopragmatismo Retórico, Psicanálise e Direitos Humanos" (UFPB) e "Retórica e Persuasão" (UFPE). Bolsista CAPES.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ado 26/df, Pithanetic dimension, Topical method, Inductive reasoning, Analytical rhetoric

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, de caráter interpretativo-qualitativo e com base nas técnicas bibliográficas e documentais, tem como tema principal o estudo da retórica analítica. A pesquisa se aprofunda no campo da retórica analítica fronética (descendente direta da *phrónesis* ou prudência), em uma tentativa de explorar os três campos da retórica analítica fronética: i) agônica; ii) ergônica e iii) pitanêutica, sendo essa última dimensão da análise fronética à qual nos aprofundaremos com maior atenção para entender como funciona a relação entre utente da linguagem e os signos.

O primeiro objetivo do estudo busca compreender como a tópica, como *techné* (τέχνη) de pensamento, é um meio para a criação da dimensão pitanêutica, sendo esta dimensão retoricamente mais atraente (adequada) e efetiva (Ballweg, 1987, p. 29) – demonstrando a quais constrangimentos a linguagem e seus utentes estão coligados, posto que a linguagem não é um instrumento que depende unicamente da vontade do sujeito, estando sempre constrita às contextualizações e contingências da própria linguagem. Entender-se-á, também, como a dimensão pitanêutica apenas faz sentido ao lado das outras duas dimensões fronéticas. O segundo objetivo é demonstrar como a divisão fronética, da retórica analítica, é, em si, uma forma refletida e espelhada da própria retórica analítica – através da aproximação das três dimensões acima mencionadas com os níveis retórico material, prático e analítico.

Por fim, se quer demonstrar, na prática, como o pensamento tópico é inerente ao pensamento jurídico e, por ser uma *ars inveniendi*, como quis Viehweg, produto da indução humana. Para a realização desse último objetivo, busca-se demonstrar como ocorre o desenvolvimento da tópica no julgamento da ADO 26/DF, que tratou sobre a condutas homotransfóbicas equiparando-as ao crime de racismo – por conta da omissão legislativa sobre o tema.

2 OS NOVOS ESTUDOS RETÓRICOS DO SÉCULO XX: DIFERENCIAS E PONTOS DE CONTATO

Para se estudar o comportamento da retórica judicial nos tempos atuais, buscando compreender a argumentação e como ela ocorre, o método retórico parece ser o mais adequado para o estudo do campo jurídico, sendo essa estreita conexão advinda desde o nascimento da própria Retórica (Von Schlieffen, 2022, p. 141 e ss.). Desse modo,

indubitável a importância da virada/viragem retórica (*rhetorical turn*) para o retorno da Retórica aos estudos jurídicos a partir da metade do século XX.

Existem três grandes expoentes dessa virada retórica: Theodor Viehweg, Chaïm Perelman e Ottmar Ballweg. Apesar de, particularmente, acharmos a obra de Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*¹, publicada em 1953, como primeiro reavivamento dos estudos retóricos – por retomar um método de pensamento há muito esquecido, é de se notar que tanto Perelman, que publica seu *Tratado da Argumentação: a nova retórica*², em 1958, quanto Ballweg, que termina seu doutorado em 1960, mas vem a ser pesquisador da retórica analítica mais adiante quando já professor da Universidade de Mainz, se tornam pesquisadores mais aprofundados sobre a retórica e se distanciam dos escritos aristotélicos – tomando-os como base, mas criando sua própria teoria. Viehweg, ao seu modo, parece mais rememorar os estudos de Aristóteles e Cícero, aplicando-os a um direito moderno, em vez de criar uma nova perspectiva sobre a retórica.

Essa afirmação parece se comprovar quando se nota que a retórica argumentativa de Perelman não é mera continuação, mas até uma dissociação³ dos estudos retóricos aristotélicos. Ainda que a Nova Retórica perelmaniana não pudesse ser criada sem a Retórica aristotélica, aquela é muito mais abrangente que esta:

O objeto da retórica antiga era, acima de tudo, a arte de falar em público de modo persuasivo; referia-se, pois, ao uso da linguagem falada, do discurso, perante uma multidão reunida na praça pública, com o intuito de obter a adesão desta a uma tese que se lhe apresentava. Vê-se, assim, que a meta da arte oratória – a adesão dos espíritos – é igual à de qualquer argumentação. Mas não temos razões para limitar nosso estudo à apresentação de uma argumentação oral e para limitar a uma multidão reunida numa praça o gênero de auditório ao qual nos dirigimos. [...]

[...] Nosso estudo, preocupando-se sobretudo com a estrutura da argumentação, não insistirá, portanto, na maneira pela qual se efetua a comunicação com o auditório.

Conquanto seja verdade que a técnica do discurso público difere daquela da argumentação escrita, como nosso cuidado é analisar a argumentação, não podemos limitar-nos ao exame da técnica do discurso oral. Além disso, visto a importância e o papel moderno dos textos impressos, nossas análises se concentrarão sobretudo neles (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2005, p. 6, grifo nosso).

¹ Do original, em alemão: *Topik und jurisprudenz*.

² Do original, em francês: *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Importante a ressalva de que, mesmo que seja Perelman o autor mais citado, bem como o autor de diversas obras após o tratado da argumentação que tratam sobre o cunho retórico do discurso judicial e dos direitos humanos, o Tratado da Argumentação foi publicado em conjunto com Lucie Olbrechts-Tyteca, socióloga e linguista da Universidade de Bruxelas.

³ Caso o leitor ache forte essa afirmação, pode substituir por: "... uma clara expansão dos estudos retóricos aristotélicos..."; nossa visão opta pela palavra "dissociação" visto que Perelman retira, de certo modo, o caráter ético da retórica aristotélica. Retirando o peso do discurso ao *ethos* do orador, buscando entender como a argumentação se constrói para causar a adesão dos espíritos, ou seja, proporcionar persuasão ao auditório. Por isso, a figura do auditório, agora, possui um enfoque muito maior do que outrora.

Ballweg que, além da influência dos estudos da tópica de Viehweg, desenvolve sua retórica analítica em uma tripartição baseada nos estudos semióticos de Charles W. Morris. Ballweg adiciona às duas dimensões já propostas pelo autor estadunidense – a semiótica ($S \rightarrow$) e a holotática⁴ ($O \rightarrow$) – a dimensão fronética (de *fronesis, prudentia; U* \rightarrow)⁵, sendo essa a inovação de sua retórica analítica (Adeodato, 2009, p. 40). Ballweg estende a semiótica de Morris por conta de sua preocupação com a linguagem do Direito que, em suas palavras, é uma “ação-linguagem”, assim como a linguagem política, economia e, de certo modo, a religiosa (Ballweg, 1987, p. 28-29).

Por fim, Viehweg, antecessor de ambos os autores já mencionados e quem reaviva o pensamento retórico há muito esquecido com o seu livro *Tópica e Jurisprudência*, se coloca nos mesmos caminhos de Aristóteles, entendendo a tópica como um modo de pensamento alternativo ainda que aliado à lógica – base metodológica do pensamento ocidental e suas ciências:

IV. A tópica é um procedimento de busca de premissas, conforme sublinhou Cícero, ao diferenciá-la, como *ars inveniendi*, da lógica demonstrativa ou *ars iudicandi* (cf. supra, § 2, II, 2). Isto tem pleno sentido. Pois é possível distinguir uma reflexão que busca o material para pensar, de outra que se ajusta à lógica. É igualmente claro que na prática esta última deve vir depois daquela. Vista desta maneira, a tópica é uma meditação prológica, pois, como tarefa, a *inventio* é primária e a *conclusio* secundária. **A tópica mostra como se acham as premissas; a lógica recebe-as e as elabora** (Viehweg, 1979, p. 39-40, grifo nosso).

O pensamento de Viehweg é enraizado em Aristóteles – o que não poderia ser diferente, visto ser pioneiro na retomada dos estudos retóricos. No entanto, essa tendência de seu estudo tem como consequência a falta de “quebra” do liame com a tradição aristotélica, agregando um “quê” de valorativo – ao orador ou possuidor do discurso – em seu estudo e na própria justificação que dará à sua tópica:

3. Voltemos agora para o procedimento dialógico e consideremo-lo por último sob o aspecto ético. Aqui se deve reconhecer que, a partir deste reconquistado relacionamento discursivo, surgem como que por si **deveres comunicativos**. Pois o processo de produção intelectual, que, da situação pragmática inicial, se desdobra em uma *dialogesthal*, não é, sem estas obrigações, realizável. Quem se envolve em uma situação discursiva, **assume deveres**, o que outrora vez é algo bastante comprehensível para o jurista prático. [...] Em síntese: **quem fala tem de poder justificar sua fala. Só o preenchimento dos deveres discursivos**, especialmente a observação dos deveres de defesa e de esclarecimento, **garante suficientemente afirmações confiáveis**, nas quais existe indubitavelmente um interesse geral. **Só deste modo permanece um diálogo racional em andamento**, o qual possibilita a justificação de

⁴ Ou holística, a depender de quem seja o autor que estará falando sobre a retórica analítica. Ballweg (1991b) utiliza “holística”, Adeodato (2009) utiliza holotática, Parini (2017) utiliza ambas as nomenclaturas. Preferimos por utilizar a palavra “holotática” em todo o decorrer do escrito.

⁵ São variadas as formas que esses termos são apresentados, inclusive, muitas vezes “utentes” é substituído por “sujeitos”. No trabalho atual: $U \rightarrow$ utente; $O \rightarrow$ objeto; $S \rightarrow$ signo. Parini (2017) e Ballweg (1991a, 1991b) utilizam outra terminologia para falar sobre os mesmos elementos.

afirmações teóricas e práticas numa medida considera ótima (Viehweg, 1979, p. 106-107, grifos nossos).

Igualmente, Aristóteles une a retórica à virtude moral através da apreciação do *ethos* do orador (Adeodato, 2009, p. 21). Para Aristóteles, inclusive, o *ethos* do orador é a mais importante das provas persuasivas, onde se localizam também o *pathos* e o *logos*. Essa confiança na figura do orador deve ser, ademais, resultado do discurso e não de uma opinião prévia sobre o caráter do orador (Aristóteles, 2005, p. 96). É o *ethos* do orador, no sentido de uma conduta digna de confiança, pré-requisito para a plausibilidade de seu *logos* (discurso) e para a autenticidade de seu *pathos* (Ballweg, 1991b, p. 179).

Por sua vez, tanto Ballweg quanto Perelman parecem não se preocupar, em primeira instância, com o caráter ético da argumentação, mas o objeto principal do estudo é a própria análise argumentativa (em si). Perelman se preocupará em como o discurso é adaptável e adaptado de acordo com o auditório – e por isso tanto se distancia de Aristóteles, pois, pela primeira vez se vê o desenvolvimento de uma análise retórica com enfoque na figura do auditório, *i.e.*, de quem está recebendo o discurso (ouvinte).

Ballweg, ao seu modo, tentará demonstrar como é possível realizar um estudo *metarretórico*, distanciando-se dos planos materiais e argumentativos da própria retórica para implementar sua retórica analítica, a qual está submetida a outros constrangimentos de níveis analíticos – em uma tentativa de se distanciar o máximo possível da valoração sobre a argumentação (linguagem, discurso) analisada, ou seja, uma posição crítica-científica, mas, para além disso **descritiva** (Parini, 2017, p. 116). A partir de agora, é acerca da retórica analítica que nos deteremos e refletiremos.

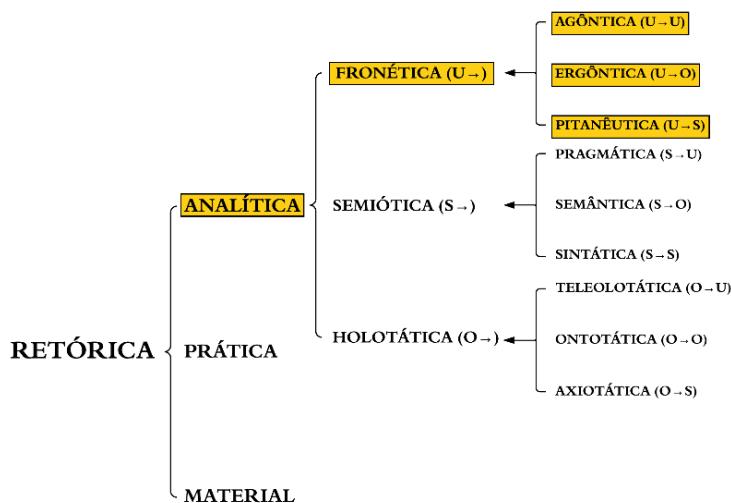
3 A TRIPARTIÇÃO DA TRIPARTIÇÃO DA TRIPARTIÇÃO DA RETÓRICA: A RETÓRICA ANALÍTICA FRONÊTICA (U →)

Explicar a escolha do título para o atual tópico é tarefa muito mais fácil do que entender o tema em si. Mesmo que possa parecer jocoso ou informal, logo se verá que se trata, na verdade, de um rigor analítico de especificar com exatidão o objeto a ser estudado na presente seção. A partir de uma mera visualização do esquema da retórica analítica de Ballweg, é possível entender no que se concentra o nosso estudo.

Com base no esquema proposto por Ballweg, entendemos por quê tratamos da “tripartição da tripartição da tripartição” da retórica, afinal, a **primeira tripartição** que se encontra na Retórica é entre: i) material, ii) prática e iii) analítica. Dentro da retórica analítica, existem **outras três separações importantes**: i) a fronética, ii) a semiótica e

iii) a holotática. Por fim, a **tripartição que será objeto** de estudo nosso será o campo da fronética dividida entre: i) pitanêutica, ii) ergôntica e iii) agôntica:

Quadro 1 - Retórica analítica de Ballweg com destaque na tripartição fronética.



Fonte: o autor.

Antes, para que se chegue até a última das tripartições a ser desenvolvida, importante entender como é desenvolvida a retórica analítica de Ballweg⁶. A primeira das tripartições de Ballweg: i) retórica material, ii) retórica prática e iii) retórica analítica é uma tripartição que parte da definição de Nietzsche sobre a própria linguagem que dirá: “[...] a linguagem é retórica, pois ela quer traduzir apenas uma *dóxa* e não uma *epistéme*” (Nietzsche *apud* Ballweg, 1991b, 176). Partindo desse pressuposto, é no processo de condensação retórica da linguagem comum que se encontram **as retóricas materiais**, com as quais preenchemos as funções básicas da vida comum (Ballweg, 1991b, p. 176). Nesse sentido, a retórica material é o nível retórico preocupado com os “fatos”, relatos intersubjetivos sobre outras relações comunicativas, sem qualquer tipo de preocupação com o conhecimento. Nesse nível, não há reflexão, é a própria “realidade ôntica” da vida humana. Por isso que Adeodato (2009, p. 35-36) dirá que: “A retórica material, existencial, é o conjunto de métodos da ação humana”.

Em um segundo nível, há a retórica prática (ou argumentativa ou estratégica), onde são localizadas as primeiras formas de manipulação da linguagem material. É a

⁶ Salienta-se que outros trabalhos já foram escritos tratando sobre esse exato tema, como se nota em Pedro Parini (2017), ou no capítulo primeiro do livro *A Retórica Constitucional* de João Maurício Adeodato (2009), que também escreveu sobre o tema na modalidade de artigo publicado na Revista Sequência da UFSC (Adeodato, 2008).

retórica prática reflexiva, pois parte dela e a ela retorna para reconstituí-la, isto é, interferir sobre ela (Adeodato, 2009, p. 37). Ou como quis o próprio Ballweg:

2 – As *retóricas práticas* ensinam o emprego transcendente dos meios retóricos imanentes à linguagem, objetivando a transmissão das *doxai* tal como estas são reunidas nas dogmáticas, na intenção de persuadir, convencer ou fazer crer. No campo das opiniões, só se pode lidar com opiniões (§ 286 ZPO, § 261 StPO). **Para tanto, a retórica prática desenvolve a tópica (*inventio*) a teoria da argumentação, a teoria das figuras e a teoria do *status*, ao lado de outras teorias sobre a conduta discursiva e a ação linguística** (Ballweg, 1991b, p. 178, grifo nosso).

No último nível, a retórica analítica⁷, se submete a certos constrangimentos, estes de nível analítico como, *e.g.*:

[...] a exigência de averiguabilidade [sic] de seus resultados: a limitação a enunciados formais; a consideração permanente de que tais enunciados podem vir a se tornar empíricos; a necessidade de sua complementação através de outros princípios analíticos; a possibilidade de controle das composições teóricas e sua compatibilidade com outras teorias analíticas; o caráter parcial das análises e de seus resultados, assim como a possibilidade de reprodução, acumulação e generalização dos mesmos (Ballweg, 1991b, p. 179).

Como complementa Adeodato:

Finalmente, a **retórica analítica** procura ter uma visão descritiva e abstrair-se de preferências axiológicas, mesmo diante de objetos valorativos. Diferentemente da estratégica, a retórica descritiva é formal, mas nunca normativa, não pretende orientar a ação. [...] A retórica analítica procura ampliar a semiótica e dar igual atenção aos elementos do signo, sentido (“objeto”) e utente dentro dos sistemas linguísticos, o que não é fácil: mas Ballweg reconhece que “essa dificuldade ela divide com a semiótica” (Adeodato, 2009, p. 37-38, grifo do autor).

A retórica analítica se subdivide em três partes: fronética, semiótica e holotática⁸, sendo a análise retórica fronética (ou prudencial) à qual nos deteremos, pois esta se preocupa com os participantes, utentes ou sujeitos da comunicação – diferentemente da dimensão semiótica, que se preocupa com os signos, e da holotática se preocupa com os “objetos” e “valores” alegadamente extralingüísticos (Adeodato, 2009, p. 41).

De forma alguma se pretende, com isso, eclipsar as demais categorias, porém é mais prudente escolher a análise retórica fronética como objeto do estudo atual, pois não há uma infinidade de laudas para dissertar sobre o tema, e um dos objetivos do trabalho

⁷ A retórica analítica se diferencia das retóricas materiais e práticas por não estar submetida aos constrangimentos destas. As retóricas materiais e práticas estão submetidas aos constrangimentos da obrigatoriedade de estabelecer normas, de decidir, de fundamentar e de interpretar (Ballweg, 1991b, p. 179) – sendo esses constrangimentos também aplicáveis à própria linguagem jurídica, conforme o próprio Ballweg (1991a, p. 49-51).

⁸ Apenas para uma exposição mais metodológica, importa dizer ao leitor que Ballweg ainda duas divisões: um ponto de vista externo-analítica e um ponto de vista interno-dogmática da *práxis*. Nessa primeira visão, é a fronética quem logo inicia a construção do sistema linguístico social – e, após a construção fronética, parte-se para as demais divisões (holotática e semiótica), considerando seu caráter autopoietico e autorreferente; na segunda visão, a transcendência da língua é produzida através da holotática, passando pela fronética e chegando na semiótica (Ballweg, 1991b, p. 180-182). Não nos debruçaremos sobre essas duas divisões, podendo ser tema de estudo futuro – com um melhor aprofundamento e atenção que o tema requer.

é demonstrar como a análise fronética parece, para nós, um espelho da própria retórica analítica. Por ora, importa ressaltar que os níveis retóricos se interpenetram e são, na prática, inseparáveis. É, exatamente, o caráter analítico – e estratégico – que torna com que uma certa parte de uma retórica se torne analítica e, portanto, foco de estudo de uma análise (Adeodato, 2009, p. 35).

Agora, se parte para a última das tripartições: i) agôntica ($U \rightarrow U$); ii) ergôntica ($U \rightarrow O$) e iii) pitanêutica ($U \rightarrow S$). A dimensão agôntica se preocupa em como os utentes se interrelacionam, sendo aqui onde são construídos padrões e maneiras de agir. A temática da análise agôntica é saber quem são os sujeitos de direito, *e.g.*, o que significam credor, devedor, obrigado, inadimplente etc. Nos sujeitos da política, *e.g.*, uma tema a abordar seria os motivos que levam à diferenciação entre amigo/inimigo. A agonística, por tradição etimológica, está orientada para a vitória sobre o adversário, sendo a erística uma forma estratégica de expressão nessa luta (Adeodato, 2009, p. 41-42).

A dimensão ergôntica preocupa-se com a relação entre o intérprete e o significado, utente e objeto ($U \rightarrow O$). Essa dimensão é responsável pelas definições jurídicas, políticas, econômicas etc; e, essas relações influem sobre as relações agônticas, pois os bens de toda espécie catalisam intenções e interesses (Adeodato, 2009, p. 42) – o que nos parece é que se trata, aqui, do manuseio da própria linguagem e uma espécie de reflexão (e valoração) da dimensão agôntica.

Por fim, a terceira subdivisão chamada de pitanêutica⁹ ($U \rightarrow S$). É nessa dimensão que se procura explicar como surge o **poder da definição pelo qual os sistemas linguísticos são construídos e destruídos**. Essa dimensão, que trata dos utentes e os sinais de linguagem (signos), demonstra que o vocabulário não está ao alvedrio (ao bel-prazer) do utente, mas sim previamente vinculado a ônus de fundamentação, pressupostos processuais, ônus de prova, regras contratuais etc – elementos contingenciais. A pitanêutica recebe essa nomeação do adjetivo *pithanós* ($\pi\iota\theta\alpha\nu\circ\varsigma$) que, em seu sentido ativo, é um adjetivo que pode ser aplicado a pessoas e coisas, significando pessoa simpática, que desperta confiança, e coisa provável, confiável; no sentido passivo, significa a pessoa fácil de convencer e até “obediente” (Adeodato, 2009, p. 43).

4 A ANÁLISE FRONÉTICA DA RETÓRICA ANALÍTICA COMO ESPelho DO ESQUEMA DA RETÓRICA BALLWEGIANA

⁹ Que também poderia ser chamada de agorética, advindo de ágora, mas assim como quis Ballweg preferiu-se por utilizar a palavra **pitanêutica** (Adeodato, 2009, p. 43).

A primeira das semelhanças entre a dimensão fronética e o esquema apresentado por Ballweg, de sua retórica analítica, parece estar em suas subdivisões que, assim como a retórica analítica, são três – conforme esquema exposto acima. Porém, se o enfoque da fronética está nos utentes¹⁰, ao realizarmos uma leitura mais atenciosa sobre cada definição, é possível entender que a análise agônica ($U \rightarrow U$), preocupada nos embates entre os sujeitos¹¹, parece tratar, pois, da própria constituição da *práxis* linguística onde, a partir do uso da linguagem, são formados jogos de linguagem (*sprachspiel*) (Wittgenstein, 1975, p. 16; Wittgenstein, 2008, p. 44-45) e a partir dos próprios jogos de linguagem são identificados os jogadores – e também como jogam cada jogador.

Na dimensão ergônica, onde o sujeito entra em contato com o objeto e constrói os significados, se encontra a análise das definições ou nomeações. É onde os jogos de linguagem se tornam mais complexos, pois se realizam valorações (significação) das palavras que eram apenas jogadas entre jogadores. É aqui que serão expostos termos como “boa-fé objetiva”, “liberdade de expressão”, “dignidade da pessoa humana”, “relação empregatícia” etc. Se o jogo é jogado, aqui algumas regras começam a ser definidas e explicitadas através das estratégias argumentativas do jogo.

Wittgenstein afirma que **denominar** algo é análogo a pregar uma etiqueta numa coisa, podendo essa *práxis* ser chamada de “preparação para o uso da palavra” (Wittgenstein, 1975, p. 24). Adiante, Wittgenstein fala que é **através da filosofia** que se tenta elucidar essas denominações. Ocorre que qualquer elucidação só se faz através de outras palavras, logo, não havendo **uma última casa nesta rua, pois pode-se sempre construir mais uma** – ressalvando, ainda, que toda elucidação pode ser mal compreendida (Wittgenstein, 1975, p. 25). Essa experiência – aquela que chamaremos de conhecimento e comunicação – pela qual todos nós, humanos, passamos a nossa vida toda é também notada por Adeodato que a exemplifica:

Pode-se imaginar um exemplo: uma pessoa vê um sem número de insetos em sua experiência sensível ao longo da vida e constrói na mente uma ideia de insetos ideia esta que não corresponde a nenhum objeto dessa experiência, pois ninguém vai conseguir perceber – por meio de visão, audição, olfato, paladar, tato ou qualquer outra – “o” inseto. Somente este ou aquele inseto único e real. A mente (ou “razão”) humana faz isso segundo critérios analógicas imprecisos e mutáveis a todo tempo, **mas que funcionam admiravelmente na prática**.

¹⁰ Nos usuários da linguagem e sua relação com os demais utentes ($U \rightarrow U$), objetos ($U \rightarrow O$) e signos ($U \rightarrow S$) da linguagem

¹¹ Ou seja, em saber quem é quem nas relações linguísticas, *e.g.*, em um processo judicial ordinário: quem é o polo ativo e polo passivo; em um processo penal: quem é acusador e quem é réu; em um processo trabalhista: quem é reclamada e reclamante

A mente abstrai aspectos que avalia com contingentes e chega a uma espécie de “imagem” por meios não bem esclarecidos pelas ciências. Mas é essa ideia ou imagem que permite ao ser humano, quando se defrontar com um inseto que nunca viu, dizer para si mesmo que aquele objeto é um inseto e se fazer compreender por outro ser humano ao externa esse termo. Aí acontecem os dois milagres, o do conhecimento e da comunicação (Adeodato, 2023, p. 76, grifos nossos).

Outro exemplo que parece estar bastante aliado ao que escreve Adeodato é dado pelo próprio Wittgenstein em seu *O Livro Azul*:

O nosso problema é análogo ao que se segue:

Se eu der a alguém a ordem: «traz-me uma flor vermelha daquele prado», como é que ele pode saber qual o tipo de flor que há de trazer, se eu apenas lhe dei uma palavra?

A primeira resposta que se pode alvitrar é a de que foi procurar uma flor vermelha tendo em mente uma imagem vermelha, e comparando-a com as flores para ver qual delas tinha a cor da imagem. Ora, de facto, essa maneira de procurar existe, e não é de modo nenhum essencial que a imagem utilizada seja mental. De facto, o processo pode ser o seguinte: levo uma tabela que faça corresponder nomes a quadrados coloridos. Quando ouço a ordem «traz-me etc.» traço com o meu dedo uma linha, partindo da palavra «vermelho» até um certo quadrado, e procuro uma flor que tenha a mesma cor do quadrado. Mas esta não é a única maneira de procurar e não é a habitualmente utilizada. Olhamos à nossa volta, dirigimo-nos para uma flor e colhêmo-la sem a comparar com o que quer que seja. Para verificar que o processo de execução da ordem pode ser deste tipo, considerem a ordem «*imagina* uma mancha vermelha». Neste caso, não serão tentados a pensar que *antes* de a executarem devem imaginar uma mancha vermelha que vos sirva de modelo para a mancha vermelha que vos foi pedido que imaginasseis.

Ora poderiam perguntar: *interpretamos* as palavras antes de executarmos a ordem? E nalguns casos constatarão que fazem algo que poderia ser chamado interpretar, antes de executar, outros não.

Certos processos mentais definidos parecem ser inseparáveis do funcionamento da linguagem, sendo os únicos a condicioná-lo. Refiro-me aos processos de compreensão e significação (Wittgenstein, 2008, p. 24, grifos nossos).

São realmente dois milagres – conhecimento e comunicação; compreensão e significação – que acontecem no dia-a-dia, na comunicação, em todo jogo de linguagem. Pois, de uma forma autorreferente e, muitas vezes, confusa e desconexa, vamos jogando um jogo, aparentemente sem regras, para nos entendermos e descrevermos as regras do entendimento enquanto e após conseguirmos apreender os significados.

Se não nos parece tão claro, que expliquemos mais diretamente: as dimensões agônticas e ergônticas, da fronética, parecem ser espelhamentos das dimensões materiais e práticas da teoria retórica ballwegiana. Por fim, a pitanêutica é um espelho da própria retórica analítica¹², pois nessa dimensão não nos preocupamos mais com as interações

¹² Esclarece-se que, por mais inovadora que seja a nossa tentativa de demonstrar a dimensão fronética como espelhamento do esquema da retórica de Ballweg, não podemos afirmar que seja uma ideia original nossa, posto que João Maurício Adeodato havia realizado essa mesma conclusão em artigo publicado: “Depois, no mesmo sentido de aclarar os critérios para as diferentes atitudes retóricas, este texto estabelece uma correspondência entre elas e as sub-dimensões da fronética proposta por Ballweg: a agônica é parte

com os sujeitos ou com a valoração dos objetos, e consequente significação destes, mas o foco está na produção e extração do sentido pela linguagem. É aqui que encontramos os *tópoi* (*τόποι*; lugares comuns) e, como se verá a seguir, sempre de forma problematizada e indutiva (tópica).

Retomemos, contudo, a tradição aristotélica para subsidiar os conceitos de *tópoi* e tópica. Aristóteles construiria a ideia de *tópoi* (lugares comuns) através da ideia de *endoxa* (*ἐνδοξα*) que são as chamadas **opiniões dominantes, geralmente aceitas**¹³ (Aristóteles, 1973, p. 11). Essas opiniões dominantes são construídas através de discussões, debates e comunhão de ideias. São conhecimentos compartilhados como opiniões gerais que se sustentam dentro de uma certa comunidade – seja todo mundo, a maioria das pessoas ou os filósofos, como diz o próprio Aristóteles (1973, p. 18).

A *endoxa* distingue-se da *doxa* (*δοξα*) visto que estas últimas são opiniões individuais (Adeodato, 2021, p. 6). A *endoxa*, assim, parece muito próxima da noção de *sensus communis* (senso comum), embora uma observação mais aprofundada revele que *endoxa* e *sensus communis* se diferenciam pela sua ponderação e método de construção. Um exemplo para entender essa diferenciação seria a valorização da sabedoria dos antigos em detrimento das inovações dos mais jovens – a quebra dos costumes. Essa situação parece bem ilustrada por Thomas More em seu livro *A Utopia*:

Que sucede então no seio desses conselhos onde reinam a inveja, a vaidade e o interesse? Intenta, alguém, apoiar uma opinião razoável na história dos tempos passados, ou nos costumes dos outros países? Os outros se mostram surpresos e transtornados; e com o amor-próprio alarmado como se fossem perder a reputação de sábios e passar por imbecis. Eles quebram a cabeça até encontrar um argumento contraditório, e, se a memória e a lógica lhes mínguam entrincheiram-se neste lugar comum: “**Nossos pais assim pensaram e assim fizeram; ah! queira Deus que igualemos a saberia de nossos pais!**” Depois se assentam, pavoneando-se, como se acabassem de pronunciar um oráculo. **Dir-se-ia, ao ouvi-los, que a sociedade vai perecer se surgir um homem mais sábio que os seus antepassados.** Enquanto isso, permaneçamos indiferentes, deixando subsistir as boas instituições que eles nos alegaram; e quando surge um melhoramento novo agarramo-nos à antiguidade para não acompanhar o progresso. Vi, em quase toda a parte, desses julgadores rabugentos, insensatos ou presunçosos [...] (More, 1972, p. 171, grifo nosso).

Acima demonstra-se como as *endoxas* – nesse caso, “a sabedoria dos mais velhos” – que podem ser um senso comum, servem de base inicial para uma problemática tópica. A partir dessas opiniões se formam problemas para raciocinar corretamente *ex endoxon*, seja para atacar ou defender (Viehweg, 1979, p. 24-25) algum ponto de vista. A

da retórica material, a ergôntica cabe à retórica estratégica e a retórica analítica estuda a dimensão pitaneútica” (Adeodato, p. 30, 2020).

¹³ Em outros momentos chamadas de **proposições dialéticas** (Aristóteles, 1973, p. 18).

tópica como *techné* do pensamento que orienta para o problema (Viehweg, 1979, p. 33), produz e provoca a linguagem para criar novas *endoxas* – no caso explicitado: a inovação mais adequada ao contexto em detrimento das sabedorias antigas. Essas novas conclusões, mais fortes e contingentes que as anteriores, ocupam o lugar de novas *endoxas* e tornam-se as criadoras de novos lugares comuns (*tópoi*).

Lembremo-nos, como dito acima, que vocabulário (linguagem) algum está à ao arbítrio dos utentes, isto porque toda a linguagem é anterior aos utentes – e nós que nos adequemos às suas regras e lugares-comuns já existentes. Ocorre que através da tópica, uma *ars inveniendi*, é possível realizar uma tentativa de nova interpretação de significados que venham a não possuir uma coalização solidificada, ou seja, a partir do conflito, das contradições e dubiedades do próprio tema se formulam novos entendimentos, afinal: “Sem interpretação não há jurisprudência!” (Viehweg, 1979, p. 63).

Compreende-se, então, que é na dimensão pitanêutica que reside a própria retórica analítica, abstraindo-se das duas dimensões anteriores a fim de realizar o que quis Wittgenstein como **definição ostensiva – uma regra para o uso da palavra** (Wittgenstein, 1975, p. 26; Wittgenstein, 2008, p. 37-38). Eis como é possível extrair da constituição, através de uma constelação de significados, o que se entende por “liberdade de expressão”, ou por meio de casos factuais e doutrina o que é o conceito de “boa-fé objetiva”, a diferença entre “liberdade de expressão” e “discurso de ódio”. Na linguagem corrente, encontramos conceitos ainda mais abstratos que, sozinhos, não significam quase nada como: “cultura”, “arte”, “bonito”, “feio”, “tablet” etc.

O que se pretende afirmar é que: sem um ponto de referência, anterior à própria palavra, não há como **deduzir** o que se pretende falar quando se fala sobre alguma qualquer uma dessas coisas – mas, se induz. Todas essas definições são sempre problemáticas, circunstanciais, contingentes. Embora a própria comunicação não seja impedida por essas lacunas comunicativas.

Para ilustrar o que se quer dizer, pensemos em um exemplo da linguagem corrente: imaginemos uma criança de três a quatro anos, residente de uma metrópole brasileira e com certa condição financeira e acesso à tecnologia. Provavelmente essa criança já “saberá”¹⁴ a diferença entre *tablet* e celular, saberá que um possui uma tela

¹⁴ É preciso ter cuidado ao utilizar esse verbo, pois, não é possível afirmar que uma criança de três anos **sabe** de qualquer coisa que seja. Mas, **intui** que certas coisas ocorrem de certas maneiras. Até que suas próprias experiências mundanas moldem sua visão para novas concepções. No entanto, esse desenvolvimento da *psique* humana, do consciente e inconsciente, não parece ser um tema apropriado para ser abordado agora.

maior, que um objeto é melhor para assistir seus filmes e desenhos do que outro e, até mesmo, que um é mais utilizado para ligações e *whatsapp* do que o outro – mesmo que ainda iletrada a criança, ou seja, sem uma instrução escrita (analfabeta). E, imaginem só, caro leitor, o choque dessa criança ao se deparar, ou seja, **tomar conhecimento**, com a outra definição de “celular”, muito mais antiga e que se refere à célula e seus componentes! – Quão engraçado não são os tempos atuais? Para uma certa parcela da população mais velha, a diferença entre *tablet* e celular é quase que indizível, pois há muitos que sequer tiveram contato com um ou outro ou ambos os objetos. Retornemos, contudo, às discussões jurídicas do pensamento tópico e a construção retórica-pitanêutica.

5 O RACIOCÍNIO INDUTIVO COMO BASE DO PENSAMENTO JURÍDICO: O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO COM BASE NA ADO 26/DF

Quando se percebe que a **construção da linguagem e da realidade** que estamos envolvidos é **realizada por meio de induções** e, só depois, essas induções são ponderadas através de raciocínios que se pretendem lógicos¹⁵, começa-se a entender como a construção do pensamento jurídico¹⁶, e sua argumentação, também é indutiva. Como demonstração da indução dentro do sistema jurídico, se parte da definição e limitação da liberdade de expressão baseando-se em um caso emblemático que é a ADO 26/DF¹⁷ – que equiparou a homofobia e transfobia ao crime de racismo.

Sabe-se que existe uma constelação de ideias presentes na constituição para suportar a expressão individual (liberdade de expressão) de cada cidadão: direito à livre manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato, a liberdade de imprensa, à liberdade de crença e de filosofia, à pluralidade partidária, à livre disseminação de informação (vedação da censura prévia), entre outros que criam o arcabouço legal para a criação e significação da liberdade de expressão. Embora a Constituição induza uma

¹⁵ Seja lá o que “lógica” signifique.

¹⁶ Apenas por provocação: seria possível afirmar que até mesmo o pensamento humano é indutivo – até os pensamentos “lógicos silogísticos” que, por natureza, são dedutivos. Essa afirmação se extrai da concepção de que qualquer dedução sempre parte de uma indução. No exemplo clássico do silogismo-lógico dedutivo: “Todos os homens são mortais (premissa maior); Sócrates é um homem (premissa menor); Logo, Sócrates é mortal (conclusão)” é um pensamento que se inicia por uma indução de que “todos os homens são mortais”, visto que, a partir da experiência humana, se entende a mortalidade dos homens e a limitação do lapso temporal da vida humana – busca-se uma generalização a partir da observação empírica. Não se deduz que todos os homens são mortais, mas se induz com base na vivência do cotidiano.

¹⁷ O interesse em particular nesse julgado é por ser extremamente importante a análise do direito à liberdade de expressão para o autor do artigo, visto que atualmente desenvolve dissertação que tem como tema principal exatamente o direito à liberdade de expressão com base em julgados do Supremo Tribunal Federal.

noção de liberdade de expressão, apenas quando em conflito com outros direitos se aprecia a plenitude desse direito – possibilidade ou não possibilidade de constrição da liberdade de expressão.

Primordialmente, poderia ser defendido que a liberdade de expressão é um direito absoluto dentro de uma democracia, como é prescrito pela Constituição estadunidense, pois, além de integrar o que se intenta como **dignidade da pessoa humana** – imanente a todas as pessoas –, é também fundamento de toda democracia que todos possuam direito à fala. No entanto, através da aferição de fatos e contextos em casos concretos em que a liberdade de expressão se confronta com outros direitos individuais e sociais, uma série de concatenações e ponderações são realizadas pelo Judiciário brasileiro para que se entenda e legitime esse direito – e se legitime a própria legitimização.

Nosso sistema jurídico difere-se demais do estadunidense. O próprio código penal, anterior à Constituição de 88, já previa três tipos de limitações à liberdade de expressão: injúria, calúnia e difamação. Portanto, não é possível verificar uma realidade jurídica brasileira em que se possa falar qualquer coisa sobre tudo, ou sobre todos, a qualquer momento e de qualquer forma. A vedação do anonimato é outra limitação explícita que encontramos no texto constitucional. É a partir dessas *endoxas*, e das problematizações hodiernas que chegam ao Supremo, que outras limitações são criadas, determinando o que é ou não é liberdade de expressão.

A tópica se caracteriza como técnica para encontrar soluções para o conflito através dos conflitos. É ela que serve para criar *tópoi* sobre o tema discutido e esses *tópoi* poderão se tornar uma *endoxa* mais sólida e justificada argumentativamente. A tópica, como *ars inveniendi*, não pertence ao pensamento dedutivo, mas indutivo. A tópica é sempre limitada e que se vale desses repertórios de lugares comuns, sendo uma prudência que se utiliza para sopesar argumentos, confrontar opiniões e decidir com equilíbrio¹⁸.

Um caso possível de observar a aplicação da tópica é a ADO 26/DF. O voto vencedor foi o do relator, o ministro Celso de Mello, acompanhado em sua integralidade por outros sete ministros. A única divergência total ao seu voto foi do ministro Marco Aurélio Mello que votou pela improcedência total da ação. Os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli divergiram parcialmente, e a votação foi de 8 a 3 a favor da equiparação das práticas homotransfóbicas ao crime de racismo (Supremo, 2023, p. 149).

¹⁸ Essa concepção sobre a tópica é extraída da nota do tradutor, Tércio Sampaio Ferraz Jr., sobre o livro de Viehweg. Encontra-se no livro e edição referenciada (Viehweg, 1979, p. 4-5).

O ministro Marco Aurélio Mello combateu frontalmente a omissão legislativa aceita pelo relator afirmando que:

Tem-se, observem, salvaguarda linear a alcançar, sem distinção, todos os membros das sociedades democráticas – inclusive aqueles que, não sem legítima razão, reclamam junto ao Judiciário reforço à proteção tida por insuficiente em razão de aludida inércia legislativa.

[...]

Do contrário, ter-se-á usurpada a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal – artigo 22, inciso I, da Constituição Federal – cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição, pelo Presidente da República, de medida provisória a dispor sobre a matéria – artigo 62, 1º, da Lei Maior.

[...]

Eventual opção pela criminalização de condutas motivadas pela “orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima” há de se dar na esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo, não podendo, possível omissão, ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor. Ausente imposição, no âmbito criminal, de ordem ao legislador, reconhecer eventual omissão do Congresso Nacional não merece apoteose. Percebam a independência e a harmonia dos Poderes da República – Legislativo, Executivo e Judiciário, e nessa ordem estão no artigo 2º da Lei das leis –, a pressupor que cada qual atue na área que lhe é reservada constitucionalmente. Cumpre observar a tríplice reserva institucional, sob pena de não se alcançar patamar civilizatório aceitável.

[...]

Ante os limites impostos ao exercício, pelo Supremo, da jurisdição constitucional, divirjo dos Relatores para inadmitir o mandado de injunção e, admitindo em parte a ação direta, julgar, nessa extensão, improcedente o pleito, deixando de reconhecer omissão legislativa quanto à criminalização específica da homofobia e da transfobia (Brasil, 2019b, p. 10-14, grifos nossos).

A leitura atenta do voto do ministro revela que ele parece misturar dois lugares-comuns: o ministro Marco Aurélio reconhece até a inexistência de legislação sobre o tema em debate, *i.e.*, a falta de regulamentação da homofobia e transfobia, mas, a teoria da Separação dos Poderes é um lugar comum maior do que essa inexistência – dessa forma, qualquer decisão do Supremo acerca do assunto seria uma “exegese extensiva da legislação em vigor”. O que se extrai da leitura do voto vencido é que: **i)** há uma omissão legislativa sobre o tema (*tópos* da própria ação), **ii)** embora nada se possa falar sobre essa omissão por não ser competência do Supremo e, sim, do Legislativo (*endoxa*), e, **iii)** qualquer interpretação do Supremo sobre o assunto seria uma exegese extensiva atentatória (*endoxa*) à Separação dos Três Poderes (*tópos* democrático).

Não nos cabe avaliar se o voto do ministro carece ou não de lógica; resta, sim, descrever as *endoxas* e lugares-comuns utilizados que parecem conflitar-se quando problematizados – tornando-se, assim, argumentativamente frágeis. Afinal, para que serviria uma Ação Direta de Inconstitucionalidade **por Omissão** se não fosse para o Supremo decidir e interpretar algo que **não está sendo tratado pelo Legislativo?** Ao

admitir a omissão, não há o que se falar em “exegese extensiva”, há que se falar (proibição do *non liquet*)! Essa é uma das fragilidades encontrada no voto vencido.

Por sua vez, o voto do relator possui 155 páginas em sua íntegra. Obviamente que em um voto tão longo e bem fundamento existem inúmeras discussões a serem levantadas, diversas *endoxas*, *tópoi* e novas *endoxas*. No entanto, nos ateremos a três tópicos em nossa análise, demonstrando como o método tópico é utilizado pelo relator, sendo os temas a serem debatidos: i) omissão legislativa *vs* separação dos poderes; ii) liberdade religiosa *vs* condutas ilícitas; iii) racismo social – como forma de equiparação das práticas e discursos homofóbicos e transfóbicos ao crime de racismo.

Em primeiro momento, a fragilidade do voto vencido é demonstrada pelo voto vencedor do relator quando se aceita a ADO, reconhecendo a omissão legislativa através do poder-dever do Estado de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (*endoxa*). Esse entendimento é extraído a partir da interpretação do texto constitucional encontrado no art. 5º, inciso XLI (Brasil, 2019a, p. 41-45), bem como da indução, através da observação empírica, de que há uma inércia do Estado em editar diplomas legislativos que punam a discriminação de atos **em razão da orientação sexual ou identidade de gênero da vítima** (Brasil, 2019a, p. 46-58). Nessas duas passagens¹⁹, é completamente superado o entendimento de invasão na competência legislativa, visto existir um *tópos* moderno-democrático que o Judiciário está submetido: o constrangimento de decidir ou a proibição do *non liquet*.

Em seguida, é discutido e ponderado pelo relator dois lugares comuns: o que é liberdade religiosa e o que são condutas ilícitas (Brasil, 2019a, p. 108 e ss.) – através desses dois *tópoi*, tenta-se entender se existe invasão e depreciação do direito à liberdade religiosa ao se criminalizar discursos religiosos com forte teores homotransfóbicos. Essa problematização realizada conclui uma outra limitação à liberdade de expressão, reconhecendo que a liberdade religiosa não pode ser considerada uma liberdade ilimitada, pois pode travestir-se de expressão para o cometimento de crimes – no caso, discursos e práticas de ódio contra grupos homossexuais e transsexuais:

É que pronunciamentos de índole religiosa que extravasam os limites da livre manifestação de ideias, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público contra os integrantes da comunidade LGBT, por exemplo, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.

¹⁹ Tópicos 10 e 11 do voto relator (Brasil, 2019a, p. 41-58).

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio público – veiculadas com evidente superação dos limites da propagação de ideias – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional (Brasil, 2019a, p. 119, grifos nossos).

Interessante notar que há um *dissoi logoi* utilizado pelo relator: a pluralidade de ideias, pensamentos e crenças é um fundamento da liberdade religiosa – justificando, inclusive, o proselitismo religioso (Brasil, 2019a, p. 109-113); de igual forma, mas em outro sentido, esse pluralismo é fundamento estruturante do próprio Estado Democrático de Direito, devendo a pluralidade de ideias ser estimulante da **prática da tolerância**. Assim, a pluralidade de ideias (*lato sensu*) é, em si, limitadora da pluralidade de ideias religiosas (*stricto sensu*) quando esses discursos se configurarem em condutas ilícitas.

Por último, o relator a *endoxa* de “racismo social”, também utilizada pela Procuradoria-Geral da República, para equiparar as práticas e discursos homotransfóbicos ao crime de racismo enquadrando-os na Lei nº 7.716/89 – “Lei Caó” (Brasil, 2019a, p. 69 e ss.). Dentro desse tópico, o relato descreve que a homofobia decorre da mesma intolerância que suscita outros tipos de discriminação, como os **em razão** da cor, procedência nacional, religião, etnia, classe, gênero, etc. Portanto, a prática do racismo abrange atos homofóbicos e transfóbicos (Brasil, 2019a, p. 87).

Novamente, esse não é um pensamento dedutivo, mas uma indução através de observações empíricas e coletivas de que as condutas homotransfóbicas possuem natureza igual às condutas racistas conhecidas e tipificadas. Define-se, assim, que práticas e discursos homotransfóbicos constituem uma dimensão social do racismo: o chamado racismo social (Brasil, 2019a, p. 95). Não há, portanto, o que se falar em excessiva exegese do Supremo no caso em tela, ou ativismo judicial, e sim uma interpretação tópica sobre os crimes de homofobia e transfobia, devendo existir uma decisão sobre um problema social, que não fora apreciado pelo Legislativo, a fim de se haja possibilidade de resolução de conflitos atuais e futuros que se enquadram nas condutas homotransfóbicas equiparadas ao racismo – inclusive como forma de efetivar a felicidade social das pessoas homossexuais e transsexuais dentro da sociedade brasileiro, sendo a felicidade²⁰ (*endoxa*) uma projeção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (*tópos*) (Brasil, 2019a, p. 101-104, p. 145-149). Portanto, um direito de cada indivíduo de se autoafirmar livremente de acordo com sua personalidade.

²⁰ O relator falará sobre felicidade nos tópicos 13 e 17 de seu voto – referência no corpo do texto.

6 CONCLUSÃO

Em suma, o trabalho acima explora uma temática pouco explorada até mesmo dentro dos estudos retóricos: a dimensão pitanêutica da análise retórica. Esclareceu-se que a dimensão pitanêutica ($U \rightarrow S$) não se sustenta sem o auxílio das outras duas dimensões da fronética, a agôntica e a ergônica. Sendo apenas possível apreender o conceito (significação do signo) através de ambas as *práxis*: relações entre os utentes e valoração dos objetos pelos utentes. Falamos de apreensão do conceito quando nos referimos ao poder de definição (Adeodato, 2009, p. 43), apreensão esta que não é alcançada através de deduções ou lógicas, mas pelo pensamento indutivo e tópico que conduz as palavras às suas definições – que constrói e destrói os sistemas linguísticos.

Visualizou-se toda dimensão fronética como espelhamento da própria retórica analítica, restando claro, como descrito acima, que as relações utentes-utentes ($U \rightarrow U$) e utentes-objetos ($U \rightarrow O$) se relacionam, respectivamente, com as retóricas materiais e práticas. Por sua vez, a relação utentes-signos ($U \rightarrow S$) espelha a retórica analítica. Ainda, a dimensão pitanêutica só se efetiva ao extrair das dimensões agônticas e ergônicas *endoxas* e *tópoi*. É isso que significa dizer que não há um livre-arbítrio do sujeito em relação à linguagem, pois a linguagem sempre nos é anterior: contingenciando-nos e circunstanciando-nos.

Por fim, demonstrou-se, através da análise de tópicos específicos da ADO 26/DF, extraídos do voto vencedor e do voto vencido, como a tópica – *techné* do pensamento que trabalha por meio de *endoxas* e *tópoi* – parece ser um método de pensamento coerente à dimensão pitanêutica. Resta justificado como essa *ars inveniendi*, de natureza indutiva, faz parte do próprio pensar jurídico. Não havendo o que se falar em constrangimento da linguagem jurídica à lógica formal, pois se trata de um campo argumentativo, probabilístico e verossímil; e, mesmo que se intente, é incapaz de produzir conceitos cristalizados ou matemáticos, sendo autorreferente e sempre mutável.

A argumentação jurídica é, por natureza, uma arte retórica e sofística.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do direito. *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 29, n. 56, p. 55–82, 2010.

Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p55>. Último acesso em: 18 ago. 2025.

ADEODATO, J. M. **A retórica constitucional:** sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADEODATO, J. M. Retórica como metódica para estudo do direito. **Instituto Brasileiro de Estudo Tributários (IBET),** [S. l.], p. 1-30, 2020. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/02/Jo%C3%A3o-Maur%C3%A3o-Adeodato.pdf>. Último acesso em: 18 ago. 2025.

ADEODATO, João Maurício. Construção retórica da argumentação jurídica. **Revista Direito, Estado e Sociedade,** [S. l.], n. 62, p. 1-20, 2021. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1445>. Último acesso em: 18 ago. 2025.

ADEODATO, J. M. **Introdução ao estudo direito:** retórica realista, argumentação e erística. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ARISTÓTELES. Tópicos. Trad.: Leonel Vallandro e Gerd Bonheim. In: CIVITA, V. (Ed.). **Tópicos, Dos Argumentos Sofísticos, Metafísica (Livros I e II), Ética a Nicômaco, Poética** (Coleção: Os Pensadores IV). 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 7-158.

ARISTÓTELES. **Retórica.** Trad.: Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

BALLWEG, Ottmar. Analytical rhetoric, semiotic and law. In: KEVELSON, R. **Law and semiotics**, v. 1. New York: Plenum Press, 1987, p. 25-33. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/542328802/BALLWEG-Ottmar-Analytical-Rhetoric-Semiotic-and-Law>. Último acesso em: 18 ago. 2025.

BALLWEG, O. Analytische Rhetorik als juristische Grundlagenforschung. In: ALEXY, R.; DREIER, R.; NEUMANN, U. (Hrsg.) **Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie**, Beiheft 44. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1991a, pp. 45-54. Disponível em: https://www.alexandria.ch/discovery/fulldisplay?vid=41BIG_INST:ALEX&docid=alm_a991045884101791&lang=de&context=L&adaptor=Local%20Search%20Engine. Último acesso em: 14 ago. 2025.

BALLWEG, O. Retórica analítica e direito. Trad.: João Maurício Adeodato. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XXXIX, fasc. 163, São Paulo, jul.-ago.-set. 1991b, p. 175-184. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/361607825/BALLWEG-Ottmar-Retorica-Analitica-e-Direito>. Último acesso em: 18 ago. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF.** Criminalização da homofobia e da transfobia. Voto do Relator: Min. Celso de Mello, 20 de fev. de 2019. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2019a. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf>. Último acesso em: 18 ago. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF.** Criminalização da homofobia e da transfobia. Voto do Min. Marco Aurélio. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de jul. 2019. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2019b. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2024/03/ADO-26-%E2%80%93-Voto-Min.-Marco-Aurelio.pdf>. Último acesso em: 18 ago. 2025.

MORE, T. A Utopia. In: CIVITA, V. (Ed.). **Erasmo de Rotterdam (Elogio da loucura) e Thomas More (A Utopia)** (Coleção: Os Pensadores X). 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1972. p. 159-316.

PARINI, P. A Análise Retórica na Teoria do Direito. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 115-135, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/72771>. Último acesso em: 18 ago. 2025.

PERELMAN, C.; OLBERCHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação:** a nova retórica. Trad.: Maria Ermatina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Liberdade de expressão** (Linha Editorial: Supremo Contemporâneo). Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023. (E-book). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509306&ori=1>. Último acesso em: 18 ago. 2025.

VIEHWEG, T. **Tópica e jurisprudência.** Trad.: Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

VON SCHLIEFFEN, K. G. **Iluminismo retórico:** contribuições para uma teoria retórica do direito. Trad.: João Maurício Adeodato. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2022.

WITTGENSTEIN, L. **Investigações filosóficas.** Trad.: José Carlos Bruni. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

WITTGENSTIEN, L. **O Livro Azul.** Trad.: Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 2008.