

O DIREITO COMO ARGUMENTAÇÃO NO MODELO RYLE-TOULMIN: UMA TENTATIVA DE APROXIMAÇÃO

LAW AS ARGUMENTS IN RYLE-TOULMIN MODEL: AN ATTEMPT TO APPROACH

Gretha Leite Maia¹

Resumo

O artigo tem como foco o problema da fundamentação das decisões judiciais, na perspectiva das teorias da argumentação, no campo da lógica jurídica. Especificamente, apresenta uma proposta de compreensão e uso do modelo argumentativo proposto por G. Ryle e S. Toulmin. Examina as possibilidades de uso do modelo na construção do raciocínio decisional. Para tanto, identifica os vários tratamentos teóricos possíveis do Direito, enquanto norma e enquanto decisão. Situa o modelo Ryle-Toulmin na seara da filosofia prática, no âmbito dos estudos discursivos do Direito. Conclui que o problema da fundamentação ou justificação da decisão judicial, enquanto princípio fundamental do Estado de Direito, constitui-se como um dos grandes desafios de inteligência do Direito e que todas as ferramentas dispostas no auxílio da tarefa, seja de elaborar seja de analisar uma decisão para fins de correção do raciocínio, deveriam estar inseridas na formação jurídica e no âmbito das discussões acadêmicas.

Palavras-chave: Lógica; Argumentação; Modelo Ryle-Toulmin.

Abstract

This paper focuses on the problem of judicial decisions justification, from the perspective of theories of argumentation, in the field of legal logic. Specifically, it presents a proposal for understanding and use of argumentative model proposed by G. Ryle and S. Toulmin. Examines the possibilities of using the model in the construction of decisional reasoning. To do that, identifies several possible theoretical treatment of legal phenomenon, such as norm and as a decision. The Ryle-Toulmin model lies on the practical philosophy, under the discursive studies of law. Concludes that the problem of reasoning or justification of the judgment, as a fundamental principle of the rule of law, constitutes one of the major challenges of understanding of the law, and that all tools willing to help with the task of preparing or analyze a decision, in the purpose of correcting the reasoning, should be insert in legal education and in the context of academic discussion.

Key words: Logic; Arguments; Ryle-Toulmin model.

INTRODUÇÃO

O que é o Direito, afinal ²? Dessa resposta dependem outras, como aquela que define quais os principais problemas do Direito a serem investigados e a estruturação de seus campos de pesquisa. A busca por um conceito de Direito produziu muitas teorias, algumas das quais perderam sua força explicativa ao longo de tempo, enquanto outras mantêm seu prestígio acadêmico, à espera de refutação. Como todas as teorias são

¹ Professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC.

² Essa é a pergunta que guiou H. Hart ao escrever o seu “O conceito de Direito”. O autor deixa claro desde o prefácio que seu objetivo foi aprofundar a compreensão do Direito, da coerção e da moral como fenômenos sociais distintos, mas relacionados entre si. Partindo das perplexidades da teoria do direito, Hart identifica, entre as questões persistentes, três questões recorrentes: o que é o direito, de onde deriva sua obrigatoriedade e o que são as normas jurídicas. Cf. HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

produzidas em contextos históricos específicos, as possibilidades e os limites de cada uma são dados pelo seu tempo e espaço ³.

Se o Direito é norma, então se constrói uma teoria da norma. São problemas a serem resolvidos por essa teoria, principalmente, aqueles sobre a estrutura da norma, seja sobre a estrutura semântica, seja sobre aspectos lógicos dessa estrutura. São as teorias estruturalistas da norma jurídica, bem identificadas na proposta de N. Bobbio em seus clássicos estudos sobre a norma e sobre o ordenamento ⁴. Em outra direção, por meio de uma revisão crítica do positivismo que fundamenta esses estudos, Bobbio também investigou a função promocional do Direito, adotando uma perspectiva funcionalista ⁵. Tércio Sampaio Ferraz Júnior propõe a concepção separada de uma teoria da norma e de uma teoria da decisão ⁶. A teoria da decisão surge da pergunta de partida “como *aplicar* uma norma jurídica”, superando a ideia de definição do que é a norma jurídica. Assim formulada, tal pergunta remete à ideia de utilização da norma como uma ferramenta, com o qual se *opera*.

Outra forma de propor esse mesmo problema é indagar sobre como fundamentar corretamente uma decisão judicial. Uma das consequências mais imediatas de adotar a perspectiva da decisão judicial como o principal *locus* de manifestação do Direito é a distinção entre texto e norma ⁷. A pergunta de partida poderia ser reformulada, então, desta maneira: como operar com o texto normativo para construir a norma jurídica? Acrescente-se a este questionamento dois pressupostos, quais sejam: essa operação é racional (orientada pelo princípio da correção) e se constrói por meio de um procedimento mental, ou raciocínio, e têm-se as teorias da argumentação no campo da lógica jurídica ⁸. Então, como não poderia deixar de ser, desdobram-se outras perguntas,

³ Para não incorrer em exaustivo exercício de descrição das teorias, citam-se a proposta de H. Kelsen, na qual direito é a norma. O século XX praticamente girou em torno da teoria kelseniana, como variações que vão de H. Hart e Alf Ross, e refutações, como a teoria da integridade de R. Dworkin. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994; ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (org). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. São Paulo: Manole, 2010.

⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito**. São Paulo: Manole, 2007.

⁶ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990.

⁷ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁸ A condição de racionalidade da decisão judicial é um pressuposto indispensável à formulação das teorias da argumentação. Portanto, e como se verá, as teorias argumentativas se aproximam mais de uma perspectiva positivista do Direito do que da teoria crítica do Direito, que considera a racionalidade,

tais como: “quais são os principais problemas relativos à aplicação de uma norma jurídica, ou seja, relativos à construção e fundamentação de uma decisão judicial?” ou ainda “existe um procedimento mental apto a garantir o critério de correção da decisão final?”. Algumas respostas são possíveis.

1. RESPOSTAS POSSÍVEIS

A definição de um conjunto de problemas e suas respectivas propostas de resposta identifica uma teoria (ou uma perspectiva teórica). Uma das possíveis abordagens do conceito de direito é por meio das teorias da linguagem. Nelas, os problemas de aplicação da norma-texto advêm da sua condição de proposição linguística, necessariamente inexata e prenhe de ambiguidades e vagueza. A partir da distinção acima proposta por Tércio Ferraz Júnior, entre uma teoria da norma e uma teoria da decisão, também é possível dividir a teoria da decisão entre uma teoria hermenêutica e uma teoria da argumentação. É na perspectiva hermenêutica que as teorias de linguagem mais se infiltram no estudo do Direito. O estudo dos sentidos das palavras (significado e significante) e a ideia dos jogos de linguagem de Wittgenstein vão reorientar a hermenêutica jurídica como o estudo dos textos normativos e a busca de seus significados ou sentidos. Mas o texto não se compõe somente de fatos linguísticos.

Saltando da ideia de texto para a noção de discurso, faz-se referência à definição de Foucault, segundo a qual o discurso é “esse conjunto regular de fatos linguísticos em determinado nível e polêmicos e estratégicos em outro”⁹. Tomando esse conceito de discurso, tem-se em Alexy a defesa de uma teoria discursiva do direito, na qual o discurso jurídico se estabelece como um discurso racional¹⁰.

Ressalte-se que a separação entre teoria da norma e teoria da decisão, ou mesmo entre hermenêutica e argumentação, nem sempre é nítida e inquestionável. Por exemplo: no que se refere à lei, Levi afirma que “as leis nunca são claras. Se uma lei tivesse de

entendida como rigor lógico no encadeamento dos juízos, um mito. Cf. COELHO, Luiz Fernando. **Para uma teoria crítica do Direito**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/470/22.pdf>>. Acesso em: 27dez.2013.

⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU, 2002, p.9.

¹⁰ ALEXY, Robert. A argumentação jurídica como discurso racional. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (org). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. São Paulo: Manole, 2010, p.1-13. Alexy sistematiza, nesse estudo, modelos que se opõe à teoria do discurso jurídico e esboça uma teoria discursiva do direito que forme um modelo para a teoria do discurso jurídico.

ser clara antes de poder ser aplicada, a sociedade não seria viável”¹¹. Hermenêutica e argumentação, ou a atividade de interpretar e a de aplicar o Direito, são, assim, complementares. Ao considerar as diferenças de interpretação e o caráter dúbio das palavras, as teorias discursivas absorvem as influências das teorias da linguagem. Mas, considerando que *tudo é linguagem* (todo o conhecimento humano e todos os artefatos técnicos se expressam por meio de linguagem, quer gestual, quer por sinais ou pela palavra escrita ou oral), persiste a ideia de que é possível que o Direito tenha desafios que lhes são próprios e, portanto necessitem de soluções próprias.

Uma dessas propostas de solução específica é a afirmação da existência de uma lógica jurídica. A tentativa do Direito de avocar para si uma lógica - a lógica *jurídica* - é derivada de uma das mais clássicas divisões do pensamento, qual seja a que distingue o mundo do *ser* e o mundo do *dever ser*.

Essa divisão funda, no pensamento moderno, as chamadas “ciências sociais”, em distinção às “ciências da natureza” (como a física e a biologia). Para afirmar a cientificidade do saber sobre o social (ou do saber sobre a sociedade da cidade industrial), Durkheim afirmou que os *fatos sociais são coisas*¹². Os desdobramentos dessa assertiva são inúmeros: a) os fatos sociais são objetos possíveis de estudos metodicamente organizados; b) os fatos sociais possuem *regularidade* enquanto fenômeno empírico; c) assim, são observáveis; d) desta forma, são descritíveis; e) sua descrição se sujeita a procedimentos de verificação de certeza ou confirmação. Esses seriam os predicados de um conhecimento científico e, portanto, seguro.

A compreensão da divisão entre o mundo do *ser* e o mundo do *dever ser* estabelece também a existência do mundo físico e do mundo ético. De acordo com afirmações razoavelmente unânimes, o mundo físico é regido pelo princípio da causalidade (*se/então é*). Esse mundo é regido pela lógica formal ou clássica e seus três princípios fundamentais: o princípio da identidade (A é A), o princípio do terceiro excluído ou ambivalência (A é ou não é, não há outra possibilidade) e o princípio da não contradição (A não pode ser e não ser ao mesmo tempo). O resultado final do raciocínio formulado conclui pela verdade ou falsidade da afirmação testada. O princípio da

¹¹ LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.01.

¹² Cf., sobre a contribuição de Durkheim para a afirmação da sociologia, ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Especialmente para a teoria do fato social e a consideração dos fatos sociais como coisa, p.521 e ss.

causalidade, entretanto, não se aplica ao mundo ético, mas sim o princípio da imputabilidade (*se/ então deve ser*). Essa é basicamente a proposta que predominou durante o século XX para distinguir o mundo físico do mundo ético, das condutas. Mas qual é o tamanho da cisão entre esses mundos para fins de avaliação de correção de um enunciado? Qual a utilidade de pensar os problemas do Direito sob a perspectiva de distinção entre “dois mundos” ou “três mundos”, como queria Karl Popper ¹³?

Pensando em termos funcionalistas, é mais nítida a possibilidade de avaliar os fenômenos em termos funcionais no campo do mundo ético. É por isso que se afirma que o conhecimento do mundo físico é descritivo e conhecimento do mundo ético é descritivo e prescritivo. Ao propor um enunciado sobre o funcionamento dos átomos ou das células, descreve-se como atuam. Mas é possível diagnosticar um comportamento disfuncional de átomos e células, e com isso *prescrever* outro comportamento para os átomos e as células, corrigindo uma disfunção. Como em todo sistema, átomos, células e normas devem estar funcionalmente adequados para cumprir seu objetivo.

Considerando de forma bem genérica que o objetivo do Direito é garantir a convivência pacífica entre as pessoas, o ordenamento jurídico deve demonstrar ter essa aptidão. Deve, portanto, funcionar bem. Ou seja, diante de uma manifestação empírica de seu objeto (as condutas humanas), é possível dizer como o ordenamento deve funcionar para obter um resultado desejado, o melhor possível, na observação e acatamento do modelo de conduta posto na norma. É por isso que as antinomias representam uma disfunção a ser corrigida no sistema. Por essa razão, duas normas de um mesmo ordenamento, válidas e aplicáveis no mesmo tempo e no mesmo caso, que se contradigam em termos deônticos (v.g., uma proíbe e a outra permite), *no momento da aplicação do direito*, podem causar danos ao sistema.

Assim, em termos funcionais a distinção entre mundo físico descritivo e mundo ético prescritivo é bastante tênue. Na perspectiva argumentativa essa cisão torna-se mais visível. O campo de manifestação da argumentação é o mundo ético, pois não é possível *argumentar para convencer* alguém que a água ferve a 100 graus, posto que como fenômeno do mundo físico, basta *demonstrar*. Por outro lado, não há de se argumentar que a água ferve a 50 graus, pois essa possibilidade física nunca se manifestou. A

¹³ Cf. GUERRA, Marcelo Lima. Fatos e instituições: um mundo feito de normas. In: **Diálogo Jurídico**. Revista do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito. Ano IV, n. 04, setembro de 2005. Fortaleza: Faculdade Farias Brito, 2005, p. 43-52.

argumentação é o lugar para a formulação dos raciocínios que possam contemplar mais de uma resposta possível, o que não ocorre com a demonstração dos fenômenos físicos. Assim sendo, os métodos de verificação de correção de um enunciado sobre o mundo físico são descritivos e demonstrativos. Mas os métodos de verificação de correção de um enunciado ético (como o é o jurídico) não se orientam pela busca de sua verdade ou falsidade. Outros elementos devem ser agregados no processo de verificação ou justificação do enunciado, como a persuasão e o convencimento. Então, quais seriam os critérios que determinariam o que é um bom argumento em Direito? Qual o impacto da persuasão e do convencimento no raciocínio jurídico? Quais os critérios que possibilitariam, com segurança, a afirmação da validade ou invalidade de um enunciado?

Nesse último caso, as teorias positivistas de matriz kelseniana “fecham-se” na fixação de que uma norma válida é aquela que é pronunciada em atenção aos critérios *formais* estabelecidos no próprio sistema para sua gênese, desprezando, no momento dessa avaliação para fins de aplicação, os critérios sociais (eficácia) e os critérios axiológicos de fundamento da norma (os valores morais ou os interesses políticos). A norma é um *dever ser*, objeto de estudo da teoria do Direito apenas como um *dever ser*, considerado em si mesmo. Não um *dever ser para ser justo* ou um *dever ser para ser eficaz*. Por isso no positivismo kelseniano não há um lugar para o fazer hermenêutico ou para o convencimento discursivo ou argumentativo, sendo um campo de estudos estruturalistas da norma. Mas há variações do positivismo, como o de F. Müller, que resgata o trabalho hermenêutico do julgador, e de N. MacCormick, que utiliza a teoria da argumentação para ampliar a compreensão do papel dos valores e da moral dentro dos ditames do positivismo jurídico ¹⁴.

Os critérios de determinação do pensamento correto em Direito define o campo da lógica jurídica, no qual se desenvolve a teoria da argumentação jurídica. A afirmação da existência de uma lógica jurídica e sua relação com a lógica clássica ou formal ainda gera muitos impasses. Bem observados, os procedimentos de verificação de pertencimento de uma norma ao ordenamento jurídico, por meio de uma norma de reconhecimento como preconizava Hart – ou seja, a aferição de validade da norma como critério que autoriza o seu uso no silogismo judicial – ainda se orientam pelas

¹⁴ Cf. MÜLLER, 2011, e MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ferramentas funcionais da lógica formal e seus princípios. Os procedimentos de eliminação de antinomias, com uso dos critérios hierárquico, cronológico e de especialidade da norma, e principalmente o caso de conflito entre eles – antinomias de 2º grau - em parte repetem os procedimentos da lógica formal. O que seria, então, a lógica jurídica? Diante dos desafios e da imposição de pensar corretamente, resta indagar basicamente se há diferentes modos de pensar e por qual razão pensamos de determinado modo e não de outro. A mente humana pode ser *formatada* para raciocinar de uma determinada maneira? Se sim, como se dá esse processo?

Não é o objetivo desse breve estudo realizar investigações no campo da neurociência, explorando novas possibilidades explicativas para o pensamento ou raciocínio jurídico. A opção será antes vasculhar as teorias argumentativas e, entre elas, alguma que trabalhe as especificidades da lógica informal e as construções de raciocínio jurídico como um uso prático de argumentos. Dos modelos visitados, certamente foi o modelo de argumentação denominado Ryle-Toulmin, conforme proposto por Guerra, aquele que mais instaurou inversões no campo da lógica formal. Esse é o objetivo desse artigo: uma tentativa de aproximação da proposta de G. Ryle e S. Toulmin sobre a argumentação enquanto atividade lógica, para verificar quais as suas possíveis contribuições para o campo do estudo da fundamentação das decisões judiciais.

2. O MODELO RYLE-TOULMIN

Segundo Guerra, Stephen Toulmin, ao publicar o *Uses of Argument*, oferece uma aprofundada visão crítica da lógica formal, baseado no pensamento de Gilbert Ryle¹⁵. Convém inicialmente posicionar o modelo Ryle-Toulmin em termos de proposta de modelo argumentativo. Trata-se de um pensamento que considera a sentença muito mais do que um conjunto de enunciados de fatos (“a descrição de fatos não é o único *job* de sentenças, ou seja, não é o único propósito digno de consideração a se realizar com o uso de sentenças”¹⁶). No modelo Ryle-Toulmin, a ênfase é dada ao argumento decisional. Assim, o argumento, embora composto por asserções e enunciados, não se confundem com esses, por trata-se de uma *operação* com asserções e enunciados¹⁷.

¹⁵ Cf. GUERRA, Marcelo Lima. **Argumentação e decisão judicial – uma introdução**. Manuscrito fornecido pelo autor, 2013.

¹⁶ GUERRA, 2013, p.20.

¹⁷ Guerra distingue os termos “argumento” e “argumentação”. Assim, “argumento” designa o conjunto de afirmações composto por duas (ou mais) afirmações, em que uma afirmação é defendida ou justificada

A lei é um enunciado: tanto as leis físicas como éticas ou jurídicas são enunciados hipotéticos. Daí porque no modelo Ryle-Toulmin não seja imprescindível distinguir mundo físico e mundo ético, dispensando tal distinção. Mas, para Ryle, as leis têm outra função que não a de ser “premissa maior” no argumento dedutivo. Segundo Guerra, Ryle conclui que a função específica das leis e generalizações expressas por sentenças condicionais abertas é de servir como regra de inferência de argumentos, e não como premissa. Funcionam para legitimar as premissas de um argumento, que são a justificativa da conclusão defendida, a serem desenvolvidas pelo julgador. No modelo Ryle-Toulmin, o argumento, enquanto *operação*, ocupa um lugar diferenciado na prática de justificações, assim como as leis, que são regras de inferência (*inference ticket* e, no caso do Direito, *inference warrant*, expressão que dá a ideia de “controle de qualidade” ou garantia da decisão).

Assim, formular um argumento não é afirmar a ocorrência de fatos. Formular um argumento é uma prática social complexa, que se realiza, segundo Ryle, em dois níveis distintos:

O primeiro nível é aquele em que uma razão é apresentada para uma conclusão, o que corresponde à ideia básica de argumento como um conjunto formado por premissas de onde se extrai ou com as quais se defende uma conclusão. O segundo nível é aquele em que se invoca uma regra de inferência, uma generalização, o “*inference ticket*” de Ryle para legitimar a premissa apresentada como razão da conclusão defendida. Dessa forma, Ryle considera um argumento racional como a oferta de uma razão (premissa) para um ponto de vista (conclusão), em aplicação de um *inference ticket*, ou seja, de uma regra de inferência, que não se confunde com a própria razão ofertada, na medida em que é a regra de inferência que confere a algo o status de razão para outra coisa. Considerando o argumento na sua perspectiva estática, como um produto da ação de formular um argumento, é possível considerar que, para Ryle, os elementos de um argumento são, de fato, (1) premissas, (2) regras de inferência e (3) conclusão, embora exista uma radical diferença de nível entre os elementos (1) e (2)¹⁸.

Para uma correta avaliação da dimensão da reconfiguração que Ryle propõe ao modelo de raciocínio lógico formal, convém lembrar que o Ocidente moderno herdou a tradição aristotélica de pensamento que segue a linha de estruturação em premissas, maior e menor, e conclusão¹⁹. Dependendo do que seja a premissa maior, o raciocínio será indutivo ou dedutivo. Essa era a resposta, durante séculos, para a pergunta “como

pela(s) outra(s). Já a expressão “argumentação” designa a interação social em que duas ou mais pessoas formulam argumentos reciprocamente, ou seja, oferecem, mutuamente, razões para afirmações ou pontos de vista sustentados por elas, individualmente.

¹⁸ GUERRA, 2013, p.20.

¹⁹ Cf., sobre Aristóteles, o capítulo sobre categorias em RYLE, Gilbert. **Collected Essays** – 1929-1968. London: Taylor & Francis e-Library, 2009.

pensar corretamente?”. Esses termos são parte de um modelo de raciocínio posto há séculos. Foucault contribui para a compreensão do que é o Ocidente moderno ao analisar os quatro códigos ordenadores da cultura ocidental, os mediadores do saber ocidental: o ato de representar (que realiza o pensamento simbólico), o ato de falar, a ação de classificar e a ação de trocar ²⁰. Segundo Foucault, por exemplo, até o fim do século XVI, a semelhança desempenhou um papel construtor fundamental no saber da cultura ocidental. Era o método da identidade por similitude: foi ela quem organizou o jogo dos símbolos, permitiu o conhecimento das coisas visíveis e invisíveis, guiou a arte de representá-las ²¹.

As afirmações de Foucault *historicizam* o próprio ato de conhecer (ou a forma de descrevê-lo), o que viabiliza a possibilidade de desafios aos modelos postos e a proposição de modelos novos. Esses modelos novos desenvolvem campos diferentes de investigação do problema do conhecimento humano, segundo Guerra, como a epistemologia, a lógica informal e o *critical thinking*, “todas elas com uma proposta de oferecer um tratamento de argumentos, tais quais verificados na experiência cotidiana, em todo e qualquer setor, em franca contraposição à abstração e ao artificialismo da lógica formal” ²². A lógica informal insiste em seu caráter de estudo prático. Eis o desafio do modelo Ryle-Toulmin: ser o guia do raciocínio para um pensamento correto, por meio de parâmetros de avaliação de todo e qualquer argumento racional, formulado com uma terminologia radicalmente distinta daquela da lógica tradicional. Ressalte-se que o propósito da lógica, em ambos, ainda é o de identificar o modo correto de se justificar todo e qualquer conhecimento ou entendimento das pessoas.

Os termos semânticos propostos por Toulmin objetivam afastar o uso das palavras *premissa* e *conclusão*, bem como agregar outras variáveis à operação de raciocinar ²³. Sendo complexa, a prática social de raciocinar realiza-se em níveis, nos quais se relacionam vários elementos que possuem funções específicas. O primeiro desses elementos é a *alegação* (claim). Aqui, no modelo Toulmin, a alegação é a conclusão de um argumento, isto é, a afirmação que é defendida com base nas razões apresentadas (lembrando o primeiro nível do modelo Ryle: razões → conclusão). A alegação (para

²⁰ FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Tópicos).

²¹ FOUCAULT, 1999, p. 24.

²² GUERRA, 2013, p. 06.

²³ Cf. TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Toulmin)/conclusão (para Ryle) é o que se quer afirmar normativamente, como por exemplo: João deve pagar uma indenização à Maria ²⁴. Assim *começa* o raciocínio justificativo, com aquilo que se pretende defender racionalmente ²⁵. Segundo Guerra, isso se dá porque na maioria das vezes em que raciocinamos buscamos defender pontos de vista concretos, e não formular generalizações ou “enunciados legiformes”, especialmente como julgadores ²⁶. A partir daí, a afirmação vai enfrentar desafios à sua validade, e o primeiro deles será responder à pergunta: “*por que* João deve pagar indenização à Maria?”. Mas essa pergunta desdobra-se em, pelo menos, dois outros porquês. O primeiro é “por que João deve pagar indenização à Maria?” e o segundo é “por que quem causa prejuízo a alguém deve pagar indenização a esse alguém?”. A resposta da primeira pergunta, Toulmin chamará de “dados” ²⁷: porque João destruiu o carro de Maria em uma colisão de veículos, causando-lhe prejuízos materiais. A resposta da segunda pergunta, que é uma generalização que se desdobra da resposta à primeira pergunta, explicita o vínculo existente entre o tipo de fato referido como *dado* do raciocínio e o tipo de alegação dito como conclusão (ponto de vista defendido) para iniciar o raciocínio justificativo: porque, segundo o Código Civil, todo aquele que causar prejuízo à terceiro fica obrigado a indenizá-lo. Esse terceiro elemento foi denominado por Toulmin como *warrant* (garantia), o que para Ryle era a regra de inferência (*inference ticket*).

Esses três elementos (conclusão/alegação – razões/dados – regra de inferência/garantia) são o núcleo do modelo de argumento Ryle-Toulmin: “os três elementos fundamentais que todo e qualquer argumento deve ter e que constituem o

²⁴ Preferiu-se trabalhar, mesmo correndo o risco de reducionismo do modelo Toulmin, com um argumento jurídico, embora Guerra prefira diagramar um argumento prescritivo de outra ordem.

²⁵ Reconhecendo a dificuldade de afirmar que *um raciocínio começa pela conclusão*, já é possível vislumbrar o volume de reconfigurações que o modelo Ryle-Toulmin deverá operar. Assim, Toulmin prefere *alegação* (claim), mas também esse vocábulo remete às falas das partes nos processos judiciais e não ao raciocínio do julgador. Guerra prefere *ponto de vista defendido*. A ideia de um *começo* do raciocínio também é repudiada por Guerra, em especial no caso de um processo judicial, no qual o juiz tem conhecimento de muitos dados pelas peças de acusação e defesa e pelo procedimento probatório, que precedem o momento da decisão, ou da formulação do ponto de vista a ser defendido no argumento justificativo.

²⁶ GUERRA, 2013, p. 21.

²⁷ A referência a *dados* como um fundamento essencial ao raciocínio é uma constante no pensamento inglês. O famoso detetive inglês de Conan Doyle, Sherlock Holmes, enfatizava a necessidade dos dados como elementos constitutivos do raciocínio: “Quanto a Holmes, eu observava que ele ficara sentado por uma boa meia hora, as sobrancelhas franzidas e um ar distraído; quando eu mencionava o assunto, porém, ele o repelia, sacudindo a mão: ‘Dados! Dados! Dados!’ exclamava com impaciência. ‘Não posso fazer tijolos sem barro.’” DOYLE, Arthur Conan. **Sherlock Holmes** – v. 1: As aventuras de Sherlock Holmes. 2 ed., definitiva, comentada e il. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p.455.

padrão básico através do qual se pode analisar e avaliar todo e qualquer argumento, qualquer que seja a área do conhecimento humano”²⁸. Nesse ponto, pode-se afirmar que um argumento é composto por um ponto de vista defendido e as respostas dadas por quem defende esse ponto de vista aos dois tipos diferentes de desafios (perguntas dos porquês) apresentados²⁹.

A contribuição original de Toulmin, conforme lições de Guerra, foi ter expandido esse modelo básico. Toulmin identifica as generalizações, ou regras de inferência, como argumentos substanciais. Esses argumentos são elaborados a partir da observação dos fatos e da experiência adquirida com problemas concretos. Ocorre que, como se verá mais adiante, as generalizações também são passíveis de serem excepcionados, o que, em determinados casos, limita sua validade. Toulmin incorpora dois novos elementos àquele modelo de argumento racional formulado por Ryle. Ambos funcionam como *suporte*. O primeiro (*backing*) ampara a própria garantia (*warrant*). O outro é aquele que explicita o caráter não absoluto e sujeito à exceção (derrotável) de todas as generalizações utilizadas nos argumentos substanciais. Esse último denominado *rebuttal*, é uma regra de exceção, identificada na expressão *a menos que*. No exemplo formulado, pode-se afirmar que há uma obrigação de pagar, *a menos que* haja, de fato, outra relação jurídica anterior entre João e Maria e a obrigação se resolva por confusão. Ou que o Código Civil determine que todo aquele que causar prejuízo à terceiro fica obrigado a indenizar *a menos que* o terceiro tenha cometido ato sem o qual o prejuízo não teria ocorrido.

A constatação de que essas variáveis concorrem para o fechamento do raciocínio em favor, ou não, da conclusão levou Toulmin a afirmar uma variabilidade de “força”, ou de mérito racional, do ponto de vista defendido. Esse componente será identificado como qualificador (*qualifier*): “trata-se de um elemento com a simples função de indicar o grau de força do argumento, consistindo, portanto, mais em um mero ‘marcador linguístico’ da força do argumento apresentado ou validado”³⁰. O qualificador não é uma afirmação nem uma resposta a um desafio lançado ao *ponto de vista defendido* (alegações ou Cs - conclusões), limitando-se a designar um modo, um caráter

²⁸ GUERRA, 2013, p. 22.

²⁹ Convém frisar que Toulmin se empenha em elaborar diagramas – *lay out* – que representem a peculiar relação entre esses componentes do argumento e suas respectivas funções no raciocínio, de modo análogo à forma lógica dos argumentos dedutivos. Cf. TOULMIN, 2006, especialmente capítulo III, p. 136 e ss.

³⁰ GUERRA, 2013, p. 24.

aproximado de como, ou em que grau de certeza, o ponto de vista resta justificado pelos demais elementos. No exemplo de João e Maria, ele funcionaria dessa forma: (muito/pouco) provavelmente, João deve pagar uma indenização à Maria. Segundo Guerra, “desta forma, Toulmin entende que todas as afirmações (*alegações* ou *Cs*) defendidas argumentativamente, devem ser *qualificadas*, ou seja, devem ser acompanhadas da indicação das forças variáveis com que são sustentadas”³¹. A ideia de força variável de um argumento somente é defensável em um campo fora da lógica formal (que pode ser reduzida à linguagem matemática), isto é, só é possível num modelo de argumento racional voltado para as práticas sociais³².

Dois problemas sempre importunaram o raciocínio jurídico: o problema do regresso ao infinito e o recurso ao argumento de autoridade para encerrar esse regresso. Assim:

Por outro lado, ainda que possível uma justificação dedutiva das apontadas premissas do silogismo judicial, os outros elementos que venham a ser utilizados como premissas na justificação de cada uma dessas premissas diretamente ligadas à decisão judicial (aquelas que serviriam para um silogismo, que teria a afirmação de fato constitutivo do direito como conclusão, e aquelas que serviriam como premissas de um silogismo, que teria a existência da norma aplicável como conclusão) também precisariam, da mesma forma, serem justificados, o que ocorreria, fatalmente, com elementos que também deveriam ser justificados, gerando, assim, um regresso ao infinito. Em princípio, a existência de um regresso ao infinito na fundamentação das decisões judiciais é um problema grave, na medida em que qualquer tentativa de solução que consista na interrupção arbitrária da demanda e oferta de razões pode significar a ruína de todos os esforços justificatórios: se A justifica B, B justifica C e C justifica D, mas nada justifica A e A carece de justificação, então nem B, nem C nem D estão substancialmente justificadas. A falta de uma saída ao regresso ao infinito significaria, portanto, a impossibilidade de se satisfazer o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Urge, assim, um modelo normativo de fundamentação que ofereça uma saída racional, também para esse problema³³.

Segundo Guerra, Toulmin renuncia à tentativa de solução do problema do regresso ao infinito na medida em que descarta o ideal de analiticidade da lógica formal³⁴. Não deixa de ser uma constatação lógica de que, não havendo a solução, não haveria também o problema. Nesse ponto, o modelo Toulmin é um desafio ao modo analítico de pensar, e por isso sua postura diante do problema do regresso ao infinito é

³¹ GUERRA, 2013, p. 24.

³² Nesse sentido a insistência de MacCormick, na afirmação de suas ideias no campo da filosofia prática. CF. MACCORMICK, 2006. O próprio título que Toulmin dá a seu livro – os *usos* do argumento – dá a noção do compromisso de Toulmin com o uso prático da argumentação.

³³ GUERRA, 2013, p.16.

³⁴ GUERRA, 2013, p. 27.

decepcionante. Não é inútil lembrar a perseverança de Kelsen em identificar o que fundamentava o fundamento que, por sua vez, fundamentava a decisão. O modelo Toulmin tem, entretanto, a vantagem de permitir (des)dobramentos em muitas direções; um raciocínio em rede, com desvio na linearidade proposta pela lógica formal.

O modelo se sujeita a algumas outras críticas. É possível, por exemplo, problematizar a inserção do elemento *rebuttal* como sendo um suporte ao ponto de vista defendido. No exemplo formulado, pode-se afirmar que há uma obrigação de pagar, *a menos que* haja, de fato, outra relação jurídica anterior entre João e Maria e a obrigação se resolva por confusão (esse é o elemento de suporte ou *backing*). Nesse caso, a obrigação existiu, tanto que foi extinta por uma das formas de adimplemento de obrigações prevista no Código Civil. Mas *existiu*, e portanto a afirmação “João deve pagar uma indenização à Maria” está correta. O mesmo não ocorre com a inserção do elemento R (*rebuttal*), pois se é válido que “o Código Civil determina que todo aquele que causar prejuízo a terceiro fica obrigado a indenizar *a menos que* o terceiro tenha cometido ato sem o qual o prejuízo não teria ocorrido”, então “João deve pagar uma indenização à Maria” não está correto, pois a obrigação não se constituiu. Segundo Guerra, “com efeito, sequer parece fazer sentido, nesta perspectiva, que o elemento consistente em possíveis exceções (R) compareça, *da forma como ilustrou Toulmin em seu lay out*, como uma das locuções oferecidas *em defesa* da conclusão”³⁵. A existência de um elemento de exceção, entretanto, tem um papel bastante conhecido na formulação de argumentos, identificado muitas vezes como elemento de *confirmação* da regra de inferência.

Abordando de modo específico a utilidade de um modelo normativo de fundamentação da decisão judicial, Guerra afirma que é de se esperar de tal modelo que ele indique, de modo sistemático, os elementos mínimos que deve estar presentes em uma decisão judicial para que ela possa ser considerada justificada, atingindo a determinação constitucional de fundamentação das decisões judiciais (atual art. 93, IX, da CF/88). Além dessas, há duas outras funções para o modelo, qual sejam: naqueles casos em que há o uso de argumentos não dedutivos (ou de segunda ordem, conforme MacCormick³⁶), quando duas decisões, ambas igualmente justificadas, forem incompatíveis – e nesse caso o modelo normativo pode servir de parâmetro para avaliar

³⁵ GUERRA, 2013, p. 27.

³⁶ MACCORMICK, 2006, *passim*.

os argumentos justificatórios diferentes e identificar qual deles é o melhor – e no desempenho da função heurística da argumentação, facilitando a construção de argumentos ³⁷. Para Guerra, o modelo tende a ser útil no campo judicial, na realização dessas três funções.

Entretanto, será preciso enfrentar alguns problemas. Voltando ao exemplo formulado com João e Maria, chegou-se à seguinte afirmação: (muito/pouco) provavelmente, João deve pagar uma indenização à Maria. Rigorosamente, seguindo o modelo Toulmin, tem-se: presumivelmente João deve pagar uma indenização à Maria. Ocorre que uma fala judicial de decisão não pode asseverar um dever ser *presumível*. Ao tomar conhecimento de fatos (dados) por meio de alegações das partes, inicia-se o raciocínio jurídico com um ponto de vista provisório (que pode até ser presumido), para o qual se busca uma regra de inferência no sistema jurídico; nesse sentido, ordena-se o procedimento probatório para a construção dos fatos. Produzidas as provas, surgem novos dados para o raciocínio jurídico, fazendo com que o julgador selecione uns e descarte outros dos dados anteriores. Formula-se então uma decisão que possua força normativa: nessa formulação (final) não se agrega o elemento qualificador de Toulmin.

Ademais, o elemento de derrotabilidade (*rebuttal*) na aplicação de uma norma jurídica também é problemático. Se há uma regra de exceção, no Direito, sua aplicabilidade decorrerá da existência de um fato que autorize seu uso. Esse caso pode ser uma hipótese de excesso de regras, tradicionalmente identificado como o problema das antinomias, já referido. Assim, a obrigatoriedade de referência ao sistema normativo no caso de decisões judiciais, aliada ao fato de que as possibilidades de antinomias – quer aparentes, quer reais – são frequentes, especialmente em tempos de excesso legislativo, torna-se um problema para a aplicação do modelo Toulmin de uso correto de argumentos. De qualquer forma, o modelo, tal como apresentado, reforça a ideia de identificação, na fundamentação da decisão, de normas antinômicas e de quais foram os critérios utilizados para a escolha de uma delas como regra de inferência, sem deixar de apontar um problema dentro do sistema.

Por fim, no caso do uso do modelo Toulmin na justificativa de decisões judiciais, o elemento B (*backing*), por ser indispensável para a aferição de validade da norma-decisão, reafirma a importância dos textos legislativos, e de sua interpretação, na

³⁷ GUERRA, 2013, p. 29.

fundamentação das decisões judiciais, de toda sorte alinhando o modelo proposto ao pensamento pós-positivista.

Ressalte-se que muitos outros problemas existem ligados à justificação da decisão. O estudo das questões de fato (por que considerar um fato narrado como verdadeiro?) e da atribuição de sentido ao ato normativo de enunciação de textos legislativos também demandam justificativa³⁸. Assim, tome-se um meio de prova. É possível *justificar*, racionalmente, a atribuição de veracidade e existência de um fato passado a partir de um depoimento ou documento? Em seguida, tome-se um texto legislativo. Para que dele se extraia uma norma, é preciso atribuir-lhe um sentido (atividade hermenêutica). É possível *justificar*, racionalmente, a atribuição de significado à enunciação de um texto legislativo, considerando o problema hermenêutico da possibilidade permanente de ambiguidade e vagueza de seus termos? Trata-se de objetos possíveis sob a perspectiva do uso dos argumentos? Tais questionamentos são legítimos na medida em que não se pleiteia aqui a separação radical entre hermenêutica e aplicação do Direito, ou entre uma teoria da norma e uma teoria da decisão. Apenas para fins de recorte para elaboração desse estudo foi dada ênfase no problema de aplicação da norma, ou, dito de outra forma, no problema de justificação da decisão judicial.

CONCLUSÕES

Não é de hoje que se procura entender como funciona o pensamento, e, mais especificamente, como pensam os juízes na construção de uma decisão. É basilar a afirmação de que os juízes realizam uma operação mental, voltada para a correção, portanto racional, e que o fazem para justificar uma decisão, uma escolha. Tentar explicar como pensam os juízes na verdade significa tentar estabelecer a melhor maneira de fazê-lo e como acompanhar esse raciocínio para fins de controle da atividade jurisdicional. Trata-se da questão do cumprimento de um princípio constitucional fundamental para o projeto do Estado de Direito.

Efetivamente, não se deixa de reconhecer aqui que justificar uma decisão judicial também é um ato político, ou seja, justificar uma escolha. Daí a preocupação com a legitimidade da decisão. Ocorre que em termos políticos o discurso ideológico aparece como o principal instrumento de legitimação. Justificativas ideológicas também

³⁸ Cf. GUERRA, 2013, p. 39-43.

têm natureza fundamentalmente discursiva. O discurso ideologicamente orientado, entretanto, compromete a ideia do Direito como instrumento de igualdade, um princípio fundamental do Estado de Direito. É por essa razão que se busca, na noção de racionalidade do discurso, essa distância necessária dos aspectos ideológicos que poderiam facilmente servir de fundamento para uma decisão. A proposta da correção de raciocínio ajudaria a evitar os subjetivismos judiciais. A obrigatoriedade e a publicidade dessa justificativa completaria esse mecanismo de controle público da decisão judicial. Assim, a ideia de um modelo de raciocínio é um instrumento de controle público das sentenças, útil para os que a redigem e para os que as analisam. Justificar uma escolha é um desafio à autoridade de quem tem o poder de decisão: um elemento fundamental da democracia e do equilíbrio no jogo de poderes.

O modelo Ryle-Toulmin tem predicados louváveis: é um modelo focado na razão prática, busca na forma de diagrama – um *lay out* específico – demonstrar as etapas de um bom raciocínio e, com isso, é permissivo a fatores que influenciam o pensamento que não se encaixavam como facilidade dos trilhos da lógica formal. Ademais, não abandona a ideia de racionalidade da decisão, o que permite perseguir a ideia de correção do raciocínio.

A inserção da condição constitucional de validade e legitimidade da decisão judicial por meio da sua justificativa ou fundamentação é um dos aspectos fundamentais para compreensão do problema: o ato de decidir sobre o direito em um Estado democrático exige, não logicamente, mas politicamente, uma referência para a decisão, sob o risco de arbítrios, que devem ser sempre repudiados. Assim, o constitucionalismo se propõe também como uma solução para o funcionamento de um Estado democrático, pois viabiliza a tomada de decisões por meio de uma legislação democraticamente constituída e apresenta um ponto de referência razoavelmente estável (a constituição). A possibilidade de controle do argumento decisional, expresso por meio da palavra (sujeita ao controle público), também atende aos ditames da democracia. O campo de investigação do Direito por meio do argumento justificativo das decisões judiciais é, portanto, um campo legítimo de conhecimento do Direito, embora não seja o único. Dotar o olhar do pesquisador do Direito da habilidade de identificar argumentos é, assim, uma postura democratizante do saber e do fazer jurídicos. O modelo Ryle-Toulmin é, portanto, mais uma ferramenta posta para viabilizar a construção desse

olhar. Trata-se de adquirir uma expertise, uma habilidade de escrita, leitura e análise de um saber, ou decisão, que se apresenta na forma de discurso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. A argumentação jurídica como discurso racional. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (org). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. São Paulo: Manole, 2010.
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito**. São Paulo: Manole, 2007.
- _____. **Teoria Geral do Direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- COELHO, Luiz Fernando. **Para uma teoria crítica do Direito**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/470/22.pdf>>.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU, 2002.
- _____. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Tópicos).
- GUERRA, Marcelo Lima. **Argumentação e decisão judicial – uma introdução**. Manuscrito fornecido pelo autor, 2013.
- _____. Fatos e instituições: um mundo feito de normas. In: **Diálogo Jurídico**. Revista do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito. Ano IV, n. 04. Fortaleza: Faculdade Farias Brito, 2005.
- HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.
- RYLE, Gilbert. **Collected Essays – 1929-1968**. London: Taylor & Francis e-Library, 2009.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (org). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. São Paulo: Manole, 2010.
- TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.