

**ARTHUR KAUFMANN E A NORMA JURÍDICA:  
DA SUPERAÇÃO DA FORMA A UMA PERSPECTIVA SOCIAL DO DIREITO**

**ARTHUR KAUFMANN AND LEGAL STANDARD:  
OVERCOMING THE FORM TO A SOCIAL LAW PERSPECTIVIC**

**CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA**

Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo  
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso  
Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso  
Coordenador de Pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso  
Líder do Grupo de Pesquisa “Direito Privado Contemporâneo” da FD/UFMT  
Advogado

**RESUMO:** O presente artigo objetiva analisar a obra de Arthur Kaufmann e sua lição sobre norma jurídica. Primeiramente, para a compreensão da norma jurídica, parte-se da compreensão do que Arthur Kaufmann chama de conceitos jurídicos relevantes. A investigação também centra na demonstração das peculiaridades identificadas pelo jurista em relação a norma jurídica. Identificados os requisitos estruturantes da norma jurídica, demonstram-se os elementos adjacentes à norma jurídica, mais especificamente: as fontes de direito, os fatos jurídicos, a relação jurídica e os sujeitos jurídicos. Ao final, o estudo é direcionado para a função social que a linguagem exerce no plano da norma jurídica.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the work of Arthur Kaufmann and his lesson on rule of law. First, to understand the rule of law, is part of the understanding of what Arthur Kaufmann calls the relevant legal concepts. The research also focuses on the demonstration of the peculiarities identified by a lawyer regarding legal norm. Identified the structural requirements of the rule of law, demonstrate the elements adjacent to the rule of law, more specifically: the sources of law, legal facts, the legal relationship and legal subjects. Finally, the study is directed to the social role that language plays in terms of rule of law.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arthur Kaufmann. Norma jurídica. Elementos. Linguagem. Função social.

**KEYWORDS:** Arthur Kaufmann. Rule of law. Elements. Language. Social function.

## Introdução

O presente artigo tem por objeto de estudo da obra de Arthur Kaufmann<sup>1</sup> e a sua concepção sobre norma jurídica. Partindo-se desse propósito, a ideia é construída em quatro partes distintas nesse trabalho.

A investigação principia a sua atenção para a compreensão do que vem a ser para Arthur Kaufmann a norma jurídica. Para tanto, a ideia é construída inicialmente com a observação dos conceitos por ele tidos como juridicamente relevantes.

Inaugurado o trabalho dessa forma, a análise é direcionada para as peculiaridades da norma jurídica, dos requisitos que a compõe e das mais variadas formas de classificação que se pode apresentá-la.

Em seguida, o trabalho busca apresentar os elementos adjacentes que sondam a norma jurídica, quais sejam: as fontes de direito, os fatos de direito, a relação jurídica e os sujeitos jurídicos que a compõem.

Ao final, a investigação é direcionada para a relação existente entre a linguagem e norma jurídica, especialmente a função social que aquela exerce sobre esta, como fonte de propagação e conhecimento.

### **1. O ponto de partida da compreensão da norma jurídica: os conceitos juridicamente relevantes**

Para a concepção da norma jurídica, Arthur Kaufmann parte da construção de alguns conceitos jurídicos relevante<sup>2</sup>, que podem ser compreendidos, em verdade, como constatações

---

<sup>1</sup> Nasceu em 1923 em Singen. Licenciou-se em Direito na Universidade de Heidelberg, tendo-se doutorado em 1949. Entre 1952 e 1957 foi juiz no tribunal estadual de Karlsruhe e em 1960 terminou Filosofia em Heidelberg, onde realizou a sua *Habilitation*, nesse mesmo ano, em Direito Penal e Filosofia do Direito. A partir de 1960 exerceu funções como Professor Catedrático nestas duas vertentes do Direito na Universidade de Saarbrücken e depois na Universidade de Munique, onde foi diretor do Instituto de Filosofia do Direito e de Informática do Direito, a título de honorário a partir de 1989 e até a sua morte em abril de 2001. Doutor *honoris causa* por várias Universidades, membro da Academia Bávara de Ciências, Presidente honorário da International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, além de outros títulos acadêmicos. Publicou mais de 400 trabalhos, nomeadamente no campo da Filosofia do Direito e do Direito Penal, e está traduzido em 16 línguas. Infelizmente, na língua portuguesa, poucas obras estão disponíveis e publicadas apenas por editoras de Portugal. “Filosofia do direito”, de sua autoria, é considerada a sua obra-prima.

<sup>2</sup> Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 142 e ss.

de significativo valor.

A ideia inicial está contida na concepção de que, na formulação da norma jurídica, o legislador serve-se da linguagem corrente, mas sem necessariamente ser constituída por ela. Esta é a razão da linguagem legal não ser idêntica àquela.

Isso também faz explicar o fato de que a sua compreensão não está acessível a qualquer pessoa, já que residiria na “mundividência dos juristas”, já concebida por Karl Engish.

Essa mundividência dos juristas dificilmente pode ser compreendida científica. Em regra, ela é natural, já que os conceitos jurídicos são arquitetados pelos valores inerentes à própria realidade, isto é, não são produzidos pelo próprio direito<sup>3</sup>, razão pela qual perderia a sua cientificidade.

Observe-se, a propósito, a lição de Arthur Kaufmann:

(...) dificilmente se pode chamar “científica” à mundividência dos juristas. Mas também não se pode dizer, sem mais, que é constituída pela “linguagem comum”. Certamente que os conceitos que aqui temos em vista derivam da realidade – é precisamente porque são retirados da realidade, e não produzidos pelo próprio direito, que se chamam conceitos jurídicos impróprios. Mas o direito não recolhe estes conceitos sem mais com o seu significado na linguagem corrente, pois o direito tem de, nas suas hipóteses normativas, ordenar, decretar, valorar, tem de fundamentar um dever e, em vista disso, os conceitos legais têm sempre um significado normativo mais ou menos marcado (residindo aí a sua relevância jurídica).<sup>4</sup>

Na concepção das normas juristas, o autor entende também que o legislador deve se afastar, tanto quanto possível, de conceitos jurídicos normativos e indeterminados, especialmente cláusulas gerais.

A razão de ser desse repúdio consiste na necessidade do direito regular ou encontrar uma “ordem de dever” para que ele possa cumprir o seu papel, o que não seria possível naquela hipótese.

---

<sup>3</sup> Com suporte especialmente na obra de Arthur Kaufmann, Marcos Cavalcante analisa o sentido do direito, debatendo-se sobre a dualidade existente entre jusnaturalismo e positivismo (CAVALCANTE, Marcos. O sentido do direito: a polêmica jusnaturalismo x positivismo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*. n. 48. Rio de Janeiro: TRT da 1ª Região, 2010. p. 177-192). A seu turno, Roberto Denis Machado apresenta trabalho no qual se questiona se, de fato, há uma crise no positivismo jurídico (MACHADO, Roberto Denis. *Há, de fato, uma crise do positivismo jurídico?* In: Anais do XV Encontro Nacional do Conpedi. Manaus, 2006).

<sup>4</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, cit. p. 143 e ss.

Essa “ordem de dever” apresenta-se, portanto, na condição de um tecido normativo, o qual seria constituído por diversos conceitos jurídicos, que, em regra, devem ser considerados como relevantes.

Em contrapartida, é necessário que se tenha a noção de que se há conceitos juridicamente “relevantes” é porque há também espaço para aqueles que se devam considerar “irrelevantes”, os quais devem ser entendidos como um “espaço vazio de direito”.

Este esvaziamento do direito, cuja razão de sua existência é fruto do desejo da própria ordem jurídica, não deve ser entendido como algo não regulado juridicamente, mas sim como um fato regulado de forma negativa por meio da negação de uma consequência jurídica.

Esse espaço vazio de direito não pode ser confundido com o espaço “livre” de direito, os quais são uma forma de conceito jurídico relevante, mas para o qual a ordem jurídica abdicou, por suas razões, de lhe dar certa valoração, especialmente de licitude e ilicitude.

## **2. A norma jurídica e suas especificidades**

Uma norma jurídica, na visão de Arthur Kaufmann, deve ser compreendida, antes de tudo, como uma proposição jurídica ou como uma regra jurídica.

Para o autor em questão, as normas jurídicas que merecem observância especial são aquelas compreendidas como “completas” ou “autônomas”<sup>5</sup>, em razão da importância que produzem no cenário jurídico.

Estas normas jurídicas são aquelas que conseguem somar os três elementos necessários, que são: (i) a previsão factual; (ii) a consequência jurídica; e (iii) a conexão entre esses dois elementos anteriores.

Dessa constatação, o autor propõe uma fórmula explicativa para a intelecção da norma jurídica, qual seja: “P vale C” ou “P → C”, onde “P” representaria a previsão factual, o “vale” ou a seta indicariam o elemento de conexão e “C”, por sua vez, representaria a consequência jurídica.

---

<sup>5</sup> Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, cit. p. 147 e ss.

Arthur Kaufmann deixa claro que as normas jurídicas completas ou autônomas não podem ser compreendidas como uma proposição declarativa, pois o seu conteúdo objetiva um alcance de maior proporção.

Em verdade, tais normas jurídicas precisam ser entendidas como uma “ordem de vigência” ou “norma de valoração”, nas quais se encontram contidos os preceitos do que “deve ou não deve ser”.

Em contrapartida, deve-se considerar também a existência de normas jurídicas “incompletas” ou “dependentes”, que, por resultado da compreensão da sua proposição antinômica, seriam aquelas nas quais faltariam alguns dos elementos necessários de autonomia ou completude, isto é, previsão factual, conexão ou consequência jurídica.

No campo das normas jurídicas incompletas ou dependentes encontrar-se-iam as definições legais, as normas remissivas, regras de interpretação, presunções simples ou iludíveis, presunções iniludíveis ou ficções.

Outras angulações também podem ser realizadas sobre as normas jurídicas, as quais permitem estabelecer, por sua vez, uma classificação daquelas, segundo alguns critérios, quais sejam: (i) conteúdo; (ii) âmbito de vigência; (iii) força vinculativa; (iv) modelo; e (v) objetivo.

Considerando o critério do conteúdo, as normas jurídicas poderiam ser classificadas em quatro categorias: (a) impositivas (como seriam aquelas que exigem a obrigação de prestar alimentos); (b) proibitivas (tal como aquela que proscree o homicídio); (c) garantia (a exemplo daquelas que poderiam ser contidas no contrato de compra e venda, tal como a retrovenda); e (d) as permissivas (na qual, *v.g.*, estaria incluída a legítima defesa).

Do ponto de vista do âmbito de vigência, as normas jurídicas podem ser compreendidas como (a) pessoal; (b) material; e (c) especial.

As normas jurídicas, no âmbito da personalidade, seriam divididas em duas categorias: “direito comum”, que seriam aquelas aplicadas a toda e qualquer pessoa como é o caso de contrato de compra e venda; e “direito próprio”, cujas disposições encontrar-se-iam restritas algumas pessoas ou certos grupos, como são as normas aplicáveis às sociedades anônimas.

Doutra quadra, as normas jurídicas, segundo o critério da materialidade, seriam compreendidas como “direito geral”, como é o caso do homicídio simples ou, então, na condição de “direito especial”, a exemplo do homicídio qualificado.

Considerando o critério da espacialidade, as normas jurídicas devem ser entendidas em duas categorias: “direito geral”, como é o caso da legislação federal, aplicável em todo território nacional ou, então, como “direito particular”, como seria o caso do direito com aplicabilidade restrita nos Estados Federados.

Do ponto de vista da força vinculativa, as normas jurídicas podem ser compreendidas em duas categorias: “*ius cogens*”, como seria o caso do direito penal, que obriga à sua sujeição todos aqueles que violarem as suas respectivas normas; por sua vez, o “*ius dispositivum*”, que seria aplicável como regra-padrão, em casos de não eleição pelo próprio interessado de solução legal diversa, como seria a adoção do regime de comunhão parcial de bens.

Nos termos do modelo jurídico da norma, ela também pode se classificar em “direito-regra”, como é o caso da exigência, em regra, dos requisitos de “dolo e culpa” para a configuração de um fato típico penal ou em “direito-excepcional”, como é o caso das situações de risco ou de omissão e suas peculiaridades na seara criminal.

Segundo o objetivo que se pretende com a norma jurídica, esta pode ser vislumbrada como “direito estrito”, cujo escopo seria evitar a manipulação arbitrária da norma, como o caso da aplicação do princípio *nulla poena sine lege stricta el pracvia*; ou na condição de “direito equitativo”, cuja pretensão é deixar uma margem para livre apreciação do intérprete, tal como são as normas que prescrevem a boa-fé.

Estas seriam as possibilidades múltiplas, no entendimento de Arthur Kaufmann, de se compreender a norma jurídica. Superada essa etapa, passa-se a apreciação dos elementos que se encontrariam adjacentes à norma jurídica e que, de certa forma, podem auxiliar no entendimento desse próprio instituto jurídico.

### **3. Os elementos adjacentes à norma jurídica: as fontes de direito, os fatos jurídicos, a relação jurídica e os sujeitos jurídicos**

Como se asseverou em linhas anteriores, a norma jurídica autônoma ou completa é compreendida na conjunção de três elementos, isto é, previsão factual, conexão e consequência jurídica.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, cit. p. 150-151.

Com base nessa ideia, passa-se a analisar as perspectivas que sondam tais elementos configuradores da norma jurídica.

Inicialmente, é importante se considerar uma ideia sobre fontes de direito, que, na opinião de Arthur Kaufmann, são aquelas normas que se mostram imprescindíveis para construção de uma decisão diante de uma determinada situação de vida, cuja característica principal é a generalidade, já que aplicável a uma quantidade incomensurável de situações de vida juridicamente relevantes.

São fontes de direito, no seu entendimento, o direito consuetudinário, as regras de direito internacional devidamente incorporadas ao direito interno, a convenção coletiva (em que pese existir certa dúvida em relação a ela) e, especialmente, a lei em sentido material (na qual estariam incluídas a lei em sentido formal, os regulamentos jurídicos e os regulamentos autônomos).

Doutro lado, os precedentes judiciais, as proposições científicas da doutrina, os usos do tráfego e os tratados internacionais que não tenham sido incorporados no direito interno não podem, segundo Arthur Kaufmann, ser considerados fontes de direito.

No tocante a fato jurídico<sup>7</sup>, tem-se que este deve ser compreendido como acontecimentos reais e condutas humanas, que possuam determinado valor do ponto de vista jurídico.

Os fatos jurídicos podem ser separados em três categorias: os comportamentos lícitos, ilícitos e aqueles que seriam a expressão dos espaços livres de direito, ou seja, possuem relevância, porém não recebem a imputação de licitude ou ilicitude. Nos comportamentos lícitos encontram-se os negócios jurídicos, os simples atos jurídicos e os atos materiais. Em contrapartida, os comportamentos ilícitos seriam os fatos penais e civis, sendo este último representado pelos atos não permitidos e as situações injustificadas.

Outro elemento adjacente à norma jurídica é a relação nela construída (a relação jurídica<sup>8</sup>). Essa deve ser entendida, segundo Arthur Kaufmann, como uma relação amparada pelo direito objetivo de pessoas entre si ou de pessoas e coisas, cujo conteúdo revela um ou mais direitos subjetivos.

Nessa perspectiva, o direito objetivo seria a reunião de regras que normatizam a vida em sociedade, ao passo que o direito subjetivo tratar-se-ia de um poder emanado do direito

---

<sup>7</sup> Ibidem. p. 151-153.

<sup>8</sup> Ibidem. p. 153-156.

objetivo para a concretização autônoma de um interesse juridicamente protegido.

A relação entre o direito subjetivo e o Estado releva em qual categoria esse último pode ser incluído. O Estado autoritário não concebe a possibilidade de direitos subjetivos originários, já que esses seriam fruto de sua concessão, razão pela qual ele estaria imune a ações contra ele demandadas.

Já o Estado liberal<sup>9</sup> é aquele que compreende a preexistência de direitos subjetivos em relação a ele próprio, sobre os quais nenhuma intervenção é devida, inclusive sua, razão pela qual há uma cláusula geral administrativa, que permite o cidadão demandar contra o próprio Estado para fazer valer tais direitos.

Uma relação jurídica deve ser compreendida, portanto, como a reunião de vários direitos. Os institutos jurídicos, a seu turno, seria o conglomerado de várias relações jurídicas. Já o ramo do direito, por sua vez, deve ser entendido como a conjugação de vários institutos jurídicos.

A relação jurídica pode ser classificada em três categorias: (i) relações de direito público, na qual haveria a supremacia do ente público (o próprio Estado ou entidades públicas) sobre pessoas particulares; (ii) relações de direito privado, nas quais pessoas particulares encontrar-se-iam numa posição de igualdade; e, ainda, (iii) as relações de direito social, que estariam numa posição que fluiria entre as duas anteriores.

Os direitos subjetivos públicos são aqueles que o Estado possui contra os indivíduos ou destes contra aquele. Nessa categoria devem ser compreendidos os direitos fundamentais e de liberdade, os direitos de participação e os direitos positivos.

Já os direitos subjetivos privados compreendem aqueles que emanam da relação entre os particulares de uma forma geral. Nesse grupo estariam os direitos absolutos, os direitos relativos e os direitos potestativos imediatos e mediatos.

Deve-se, ainda, anotar que, na cena principal da relação jurídica, estão os sujeitos jurídicos<sup>10</sup>, que são aqueles que podem ser titular de direitos e deveres, representado por pessoa singular e pessoas coletivas.

No tocante às pessoas coletivas, existem quatro teorias que buscam justificar a sua

---

<sup>9</sup> Katia A. Pastori Terrin analisa, com suporte na obra de Arthur Kauffmann e de outros juristas, a possibilidade de construção de um Estado democrático (TERRIN, Katia A. Pastori. Implicações filosóficas da teoria contemporânea do direito: uma análise da aproximação entre teoria e filosofia do direito com vistas a construção do Estado democrático de direito. *Revista de direito público*. v. 4. n. 3. Londrina: UEL, 2009. p. 118-135).

<sup>10</sup> Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, cit. p. 157-158.

própria existência e integração em relações jurídicas. A teoria da ficção explica que sua capacidade seria imaginária, porém assegurada. A teoria do proveito, por sua vez, questiona até mesmo a capacidade fictícia das pessoas coletivas, devendo aquela se justificar pela reunião de pessoas singulares que buscam proveito daquela. Noutra ponta, a teoria da realidade justifica a capacidade das pessoas coletivas diante da sua condição de organismo supra individual.

A teoria que Arthur Kaufmann considera mais apropriada, entretanto, é a do “patrimônio-fim”, que considera as pessoas coletivas como uma estrutura real, que deve ser compreendida, sob a ótica da ontologia, tal como uma pessoa física.

Assim, a relação jurídica, seja compreendida por uma pessoa física ou pessoa coletiva, não deve ter qualquer ressonância diferenciada no plano da aplicação da norma jurídica.

#### **4. A função social da linguagem no plano da norma jurídica**

A linguagem<sup>11</sup> é fruto da comunicação humana, que desempenha papel de máxima relevância para a norma jurídica<sup>12</sup>, já que esta seria resultado daquela (mas não apenas). Em um panorama ideal de efetividade, para Rudolf v. Jhering (e compartilhada por Arthur Kaufmann), seria aquela na qual “o legislador deve pensar como um filósofo, mas falar como um camponês”.

Para o autor, o homem que deseja conhecer a si mesmo e o mundo que o circunda, deve fazer essa busca pela linguagem, sendo-lhe, inclusive, possível exercer domínio sobre si, sobre seus semelhantes e até mesmo do mundo.

A aplicação do direito permite a conexão entre dois mundos, que é o da realidade cotidiana com as situações fáticas juridicamente relevantes com o mundo das normas, que trazem, em seu bojo, a regra do dever-ser.

Na visão de Arthur Kaufmann, a linguagem deve ser compreendida como um *ergon*, porque é fruto da produção humana. Nesse ponto, é importante observar que, na própria linguagem, encontra-se inserida numa interpretação da realidade, mas que apenas aquele que

---

<sup>11</sup> Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, cit. p. 159-164.

<sup>12</sup> Tércio Sampaio Ferraz Júnior faz uma relação da norma e comunicação. Sobre o assunto, vide: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

a possui teria um mundo que lhe permitisse essa compreensão.

Na relação entre a filosofia<sup>13</sup> e a linguagem, duas correntes se apresentam para tratar do assunto. A linguagem ideal propugna uma linguagem puramente formal, contendo símbolos unívocos, na qual a filosofia teria a missão de purificar a linguagem. Em sentido oposto, a linguagem vulgar (mas conhecida como *ordinary language philosophy*) orienta a prática de uma linguagem comum e natural, cujo objetivo se posiciona no sentido de reparar equívocos conceituais e, segundo a qual, a linguagem é quem teria a tarefa de purificar a filosofia.

Arthur Kaufmann prefere, entretanto, não segmentar os planos em que a linguagem se apresenta. Para ele, a posição adequada seria enxergar uma bidimensionalidade dos planos da linguagem<sup>14</sup>, sendo um horizontal ou linear e outro vertical ou transcendental.

No plano horizontal ou linear, cuja dimensão é racional-categorial (isto é, digital), haveria a utilização de uma linguagem mais formal, eis que artificial, de forma a operar uma função mais operativa ou signica, já que seria puramente reprodutiva.

Doutra quadra, no plano vertical ou transcendental, cuja dimensão é intencional-metafórica (ou seja, analógica), a utilização da linguagem converte-se para a exclusão da univocidade e exatidão da linguagem, buscando uma função comunicativa ou simbólica, pois seria produtiva ou inovadora.

O jurista não entende adequada a compreensão da sobreposição de um plano sobre outro ou até mesmo a exclusão de um deles. Na verdade, como se fala em bidimensionalidade, a linguagem apresentar-se-ia nesses dois planos, de forma integrada, aliando-se as dimensões analógica e digital.

Nesse cenário, é bom se consignar que a linguagem técnico-jurídica não se apresenta de forma científica, até mesmo porque inexistem regras de semântica ou sintaxe de forma explícita. Esse, aliás, é mais um argumento para se reforçar a ideia de que a linguagem jurídica é bidimensional.

---

<sup>13</sup> Interessante observar a opinião de Arthur Kaufmann sobre o papel da filosofia de direito pós-moderna: *La filosofía del derecho en la época pós-moderna debe estar determinada por la preocupación por hombre; aún más: la preocupación por la vida en general en todas sus formas* (KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Barcelona: Marcial Pons, 1998. p. 72-73). O mesmo posicionamento pode ser verificado no seguinte texto: BITAR, Eduardo C. B. O papel da filosofia do Direito em tempos de crise. *Revista Científica*. v. 2. n. 1. Santa Maria/RS: Culturas Jurídicas, 2007.

<sup>14</sup> Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, cit. p. 169-172.

Constatação muito interessante é de que a linguagem possui uma função social<sup>15</sup>, até mesmo porque as comunidades devem ser compreendidas como uma rede de relações comunicativas. Em verdade, a linguagem possui relação de certa dependência com a comunidade, já que sem essa aquela não existe. Ademais, a linguagem é proporcionada pelo ambiente que lhe abriga.

Considerando que cada um tem um mundo individualizado pela linguagem que possui, a conexão entre os mundos de pessoas diversas só se faz possível pela intersubjetividade da linguagem, criando um mundo comum entre as pessoas.

É com a linguagem que a comunicação entre as pessoas se faz possível, mas é também por meio dela que se permite o aprendizado sobre as regras que vigoram em determinada comunidade.

Assim, as normas jurídicas são transmitidas aos cidadãos de uma forma geral não pela lei propriamente dita, mas precisamente pela linguagem, por meio da comunicação cotidiana na convivência ativa entre as pessoas. É, por essa mesma razão, que Arthur Kaufmann não acredita na “jurisprudência por computador”, já que a ela faltam a dimensão histórica e pessoal do direito, na qual a linguagem possui força vital própria.

Nota-se, dessa forma, que a linguagem exerce papel fundamental para a fomentação e aplicabilidade prática das normas jurídicas, razão pela qual não se deve jamais olvidar da função social que ela exerce no Direito.

## **5. A predominância da forma e da técnica jurídica no discurso de Arthur Kauffman e os seus reflexos na Ciência do Direito**

Para a funcionalidade do sistema jurídico (e também do sistema capitalista), uma série de formas necessárias para o seu estabelecimento (as formas sociais) são transportadas para o plano normativo, criando-se, então, as formas jurídicas.

Na opinião de Alysson Leandro Mascaro, a serventia das formas jurídicas se dá explicitamente para o estabelecimento do sistema capitalista. Nesse sentido, as relações de troca, próprias do sistema capitalista, são convertidas em relações jurídicas. A seu turno, as partes que integram essas relações de troca são reconfigurados, no plano jurídico, como

---

<sup>15</sup> Ibidem. p. 172 e ss.

sujeitos de direito.

Os direitos que os sujeitos de direito acumulam revelam-se como um verdadeiro estoque de direitos subjetivos que se encontram normativamente previstos (ou seja, contidos no direito objetivo). Nestes termos, note-se a proposição do autor:

As variadas técnicas que se sucederam na história do direito não mudaram por acaso. Elas atenderam a necessidades e relações sociais muito claras e específicas. As sociedades pré-capitalistas, como a escravagistas e a feudal, não estão estruturadas numa dominação por meio do Estado. São modos de produção cuja dominação é direta. (...)

Já no capitalismo, as estruturas sociais se arranjam de modo particular. Suas técnicas são essencialmente repetíveis. Uma determinada forma, estatal e normativa, constituindo e subordinando sujeitos de direito, garante tal repetição.<sup>16</sup>

Pode-se questionar se as formas jurídicas estão relacionadas com o estabelecimento do sistema capitalista ou se esta seria apenas uma perspectiva marxista. Mas fato é que o Direito se encontra cercado por um número infindável de formas.

Na perspectiva apresentada, verdade é que o plano jurídico se encontra cercado por um grande número de formas. Não menos verdadeira é afirmação de que o jurista se viu compelido a lidar com este fenômeno.

O manuseio das formas jurídicas se dá justamente pela boa operação da técnica jurídica, pois é justamente ela que indica o melhor tratamento e aplicabilidade daquelas, de forma a permitir, inclusive, a apreciação da questão de direito que se encontra subjacente à formalidade normativamente imposta.

Pode-se afirmar que atualmente a técnica jurídica é formal, justamente pela sua vinculação explícita e exclusiva em relação ao número sem fim destas formas que se encontram normativamente previstas.

Realidade distinta se vivenciava no passado, no qual a técnica, ainda que já existente, era tida como artesanal, na qual a verificação da solução se estabelecia no conhecimento e solução dada no caso concreto.

A razão da mudança dessa perspectiva, isto é, de uma técnica artesanal para uma técnica evidente formal, residiria justamente na necessidade de dominação direta que se

---

<sup>16</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 39.

faz necessária ao perfeito estabelecimento do sistema capitalista.

Se a vinculação é possível ser realizada ou não, implicaria na admissibilidade da argumentação marxista, mas, como se disse, a operabilidade das técnicas jurídicas se mostra como essencial ao profissional jurídico, já que a resolução dos conflitos sociais e o labor jurídico, não mais artesanais, agora se encontram pré-fabricados.

A conjugação de forma e técnica jurídica é a forma que a sociedade moderna e contemporânea encontrou para a solução de seus conflitos e, assim, ao mesmo tempo de nela impor o seu controle social.

Inegável, na perspectiva que ora se apresenta, que o objeto de estudo na seara do Direito esteja intensamente centrado na aplicação da boa técnica das formas jurídicas que se encontram estabelecidas e regulam as relações jurídicas (sejam elas judiciais ou extrajudiciais).

Evidentemente que ainda se pode falar na existência de uma Ciência do Direito, até mesmo porque se faz necessário investigar os porquês que permeiam os mais variados institutos jurídicos (e, por consequência, das formas e da própria técnica).

Entretanto, infelizmente também se mostra manifesto que o seu espaço se encontra reduzido, já que a operação simples da técnica jurídica satisfaz a grande massa daqueles que se dedicam ao ofício do Direito.

Ademais, se dedicar ao estudo da Ciência do Direito não se mostra tarefa simplificada, até mesmo porque ela não é neutra, razão pela qual se faz necessário conjugar outros saberes, tal como a Antropologia, Sociologia, História, Economia, Política, em razão da dinâmica social não ser restrita a área jurídica.

Nessa perspectiva, é que Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>17</sup> propõe uma atenção limitada à dogmática jurídica, que se mostra como um estudo fechado, com proposta reflexiva restrita à prática e técnica aplicada ao Direito. Como proposta apresenta a zetética jurídica, que se evidencia como um estudo aberto e que permite ampla reflexão dos fenômenos do Direito, com uma investigação própria das estruturas do fenômeno jurídico.

A preocupação da prevalência da técnica em relação à ciência é que, na primeira possibilidade, a restrição a ideia de simplesmente se aplicar o direito posto, enquanto

---

<sup>17</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p. 21-28. Proposição semelhante é sugerida por Arthur Kaufmann, na seguinte obra: *Filosofia do direito*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkain, 2010. p. 18-19.

que, na segunda, se investiga e critica o universo jurídico e refletir em novas possibilidades, até mesmo na hipótese de um “novo” direito.

A dominação capitalista que já se faz impor na transposição das formas sociais para o plano normativo e, assim, dar essência e vida às formas jurídicas, criando-se a dominação pelo Direito terá certamente o seu caminho mais facilitado caso se pense apenas através da técnica.

Haverá, nessa perspectiva, apenas a noção de procedimentos de se bem aplicar as rotinas e formas relacionadas ao Direito, sem se ter efetivamente um posicionamento mais crítico em relação a ele. O caminho para alienação, nessa senda, se mostraria como inevitável e os reflexos, no mínimo, desastrosos na perspectiva social.

O Estado, como mentor e executor das políticas públicas, necessita estar afinado com essa questão e dela cuidar com esmero, a não ser que o seu intuito seja efetivamente de propor a construção de uma sociedade alienada e apática.

Com base nessas ponderações, deve-se ter, em mente, que a perspectiva que Arthur Kauffman possui em relação a norma jurídica e ao próprio Direito se vê ainda sob as amarras de uma visão positivista, limitada e restrita a técnica jurídica.

Distancia-se, portanto, a teoria sobre norma jurídica proposta por Arthur Kauffman de uma visão mais adequada, ampla e crítica sobre o Direito. Falta cientificidade na sua visão. Abunda-lhe, por via transversa, a perspectiva técnica.

Ressalve-se, entretanto, que há um horizonte ampliada na lição de Arthur Kauffman. Ao perceber a função social da linguagem e criticar a justiça por computador, o jurista demonstra afinidade científica além do seu tempo.

### **Conclusões articuladas**

Considerando as anotações trazidas para reflexão no presente trabalho, têm-se, a título de conclusões articuladas, as seguintes ideias da obra de Arthur Kaufmann:

1. A norma jurídica deve ser compreendida como uma proposição jurídica, uma regra jurídica.
2. Os elementos de uma norma jurídica completa são a previsão factual, a

consequência jurídica e a conexão existente entre eles.

3. Ao se considerar a existência de uma norma jurídica completa, é porque se devem considerar aquelas tidas como incompletas, mas que exercem um papel no mundo jurídico;

4. Os conceitos jurídicos relevantes evidenciam a existência de fatos jurídicos, que revelam a existência de comportamento lícito e ilícito. Por sua vez, ao seu lado também estariam o espaço livre de direito, porém não dotados da subjetivação de licitude e ilicitude.

5. O espaço vazio de direito revela fatos que não possuem qualquer definição jurídica, daí porque não pode ser considerado como norma jurídica.

6. A relação jurídica compreende um direito objetivo regulado pela norma jurídica, que faz gerar, entre os sujeitos jurídicos que a compõe, deveres, mas também direitos subjetivos.

7. A postura do Estado em relação ao direito subjetivo faz revelar um Estado autoritário ou liberal.

8. A norma jurídica é produzida pela linguagem, que, por sua vez, é uma energia que se movimenta em dois planos: vertical e horizontal, razão pela qual haveria uma bidimensionalidade da linguagem.

9. A linguagem possui uma função social a ser produzida em relação a norma jurídica, já que permite não somente o estabelecimento das relações comunicativas, mas também o aprendizado pela comunidade das regras determinantes de convivência.

10. Conquanto a perspectiva seja limitada uma visão mais juspositivista dos institutos jurídicos propostos por Arthur Kauffman, é possível também se perceber um olhar científico, considerando a sua proposta de função social da linguagem e de uma objeção a justiça por computadores.

Apresentadas essas conclusões articuladas, espera-se que a concepção de uma teoria da norma jurídica possa considerar a lição de Arthur Kaufmann, especialmente no sentido de ser compreendida de melhor forma e aplicada efetivamente, com os olhos para o exercício da função social que dela se espera.

### **Referências bibliográficas**

BITAR, Eduardo C. B. O papel da filosofia do Direito em tempos de crise. In: *Revista Científica*. v. 2. n. 1. Santa Maria/RS: Culturas Jurídicas, 2007.

CAVALCANTE, Marcos. O sentido do direito: a polêmica jusnaturalismo x positivismo. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*. n. 48. Rio de Janeiro: TRT da 1ª Região, 2010. p. 177-192

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

\_\_\_\_\_. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Barcelona: Marcial Pons, 1998.

MACHADO, Roberto Denis. *Há, de fato, uma crise do positivismo jurídico?* In: Anais do XV Encontro Nacional do Conpedi. Manaus, 2006.

\_\_\_\_\_. Das críticas e preconceitos ao positivismo jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 58. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TERRIN, Katia A. Pastori. Implicações filosóficas da teoria contemporânea do direito: uma análise da aproximação entre teoria e filosofia do direito com vistas a construção do Estado democrático de direito. *Revista de direito público*. v. 4. n. 3. Londrina: UEL, 2009.