

## **A CRIAÇÃO DO DIREITO PELA JURISPRUDÊNCIA: NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO DO DIREITO E A EPISTEMOLOGIA NA TEORIA PURA DO DIREITO**

---

*Thomas Bustamante\**

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A dinâmica jurídica de Kelsen versus os sistemas jurídicos dedutivos. 3 O problema da criação judicial do direito. 3.1 A jurisprudência segundo a teoria pura do direito. 4 A resposta da teoria pura do direito. 4.1 A epistemologia por trás do conceito kelseniano de “aplicação do direito”. 4.2 As transformações no direito e as regras constitutivas: um olhar para a individualização do direito.

**Resumo:** O presente trabalho busca demonstrar como a teoria pura do direito enfrenta o problema da criação judicial do mesmo, especialmente por meio da concretização ou individualização de normas gerais pelos órgãos de aplicação. Por meio de uma explicação do aspecto dinâmico dos sistemas jurídicos contemporâneos e da criatividade da jurisprudência, o autor tenta responder a uma das objeções mais poderosas que Eugenio Bulygin formulou contra a teoria pura e procura explicar como a descrição que Kelsen faz do processo de individualização do direito pode contribuir para avanços importantes na teoria do direito e nas teorias da argumentação jurídica.

**Palavras-chave:** Kelsen. Jurisprudência. Criatividade. Decisão judicial.

### **1 Introdução**

Neste ensaio busca-se demonstrar como a teoria pura do direito enfrenta o problema da criação judicial do mesmo, especialmente por meio da concretização ou individualização de normas gerais pelos órgãos de aplicação do direito. A análise estará situada no aspecto dinâmico do sistema jurídico – deixando-se de lado, sem embargo,

---

\* Lecturer na Universidade de Aberdeen (Reino Unido). Doutor em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. O autor agradece ao Professor Juan Antonio García Amado pelos valiosos debates orais acerca da epistemologia jurídica de Hans Kelsen, que muito influenciaram o presente ensaio.

o problema da norma fundamental e de sua fundamentação lógico-transcendental – e no processo de aplicação do direito. Na primeira seção será oferecida uma breve explicação da dinâmica jurídica em Kelsen e da alternativa de conceber o sistema jurídico como um sistema estático, com o fim de contextualizar o tema e assentar algumas das premissas gerais do debate sobre a força normativa da jurisprudência.

Na segunda seção, por sua vez, será explicado o processo de criação judicial do direito de acordo com a teoria pura do direito como a tese neoformalista de Eugenio Bulygin, a qual os juízes não possuem qualquer poder criativo. Com efeito, este autor sustenta que os juízes não são autorizados a criar normas jurídicas ao decidir casos concretos e nem poderiam estar, já que as normas individuais que eles estabelecem podem ser deduzidas das normas gerais estabelecidas nas fontes formais do direito. A única exceção seriam os casos em que a própria ordem jurídica atribui força vinculante aos precedentes judiciais de determinados tribunais.

Finalmente, na seção terceira serão abordadas duas classes de questões relacionadas. A primeira relacionada ao aspecto epistemológico do pensamento jurídico de Kelsen. A epistemologia construtivista que este autor pressupõe influi decisivamente em sua análise do direito jurisprudencial. A segunda é um intento de especificar a tese kelseniana de que todo ato de aplicação do direito é também um ato de produção de uma norma jurídica. Com a explicação das “transformações” ou “saltos não-dedutivos”, que inevitavelmente ocorrem na justificação das decisões jurídicas, e com a caracterização das regras individuais produzidas pelos juízes como regras constitutivas, ao menos nos casos em que definem conceitos, se espera demonstrar tanto que a dinâmica jurídica oferecida pela teoria pura do direito resiste às objeções de Bulygin quanto que esta mesma teoria pode constituir a base para futuros avanços na teoria do direito e na teoria da argumentação jurídica.

## **2 A dinâmica jurídica de Kelsen *versus* os sistemas jurídicos dedutivos**

Uma das distinções fundamentais estabelecidas pela teoria do direito é a que diferencia um sistema normativo “estático” de um sistema normativo “dinâmico”. Como é afirmado por Kelsen, as normas de um sistema normativo do primeiro tipo “valem por seu conteúdo”. A

título ilustrativo, com elas “não se deve mentir”, “não se deve enganar a ninguém”, “deve-se manter a palavra empenhada”, “não se deve prestar falso testemunho” poderiam todas ser derivadas do conteúdo normativo que ordena dizer a verdade. Consequentemente, explica Kelsen com sua habitual clareza, “como todas as normas de um ordenamento deste tipo já estão contidas no conteúdo da norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela pela via de uma operação lógica, através de uma conclusão do geral para o particular”.<sup>1</sup> Em um sistema dinâmico, por sua parte, uma norma não pode ser deduzida, dessa maneira, de outra superior. A relação entre uma norma geral (superior) e outra individual (inferior) se estabelece no sentido de que esta última se *produz* em conformidade com aquela. O ato de aplicação da norma geral é um ato de criação da norma individual, pois esta tem um conteúdo normativo adicional em relação à que a fundamenta, o dito ato de criação normativa é necessário porque toda norma possui certo grau de indeterminação. Nenhum preceito predetermina de forma conclusiva ou inequívoca todas as suas consequências. Não obstante, a norma geral (superior) conduz o processo de criação da individual (inferior) e antecipa seus possíveis sentidos. Há entre a norma geral (estabelecida pelo legislador) e a individual (estabelecida por uma sentença judicial) uma relação de fundamentação (já que a sentença se fundamenta na lei), mas que não desfigura a interpretação como processo criativo ou construtivo: o juiz cria uma norma individual ao aplicar a legal que lhe serve de fundamento. Desse modo, se a lei prevê para o homicídio uma pena mínima de seis anos de prisão, a decisão judicial que estabelece a pena de seis, sete ou oito anos de prisão para Pedro, pelo fato de este haver matado João, contém um preceito individual que ainda não estava contida no que lhe serviu de fundamento. A norma geral não especifica, por exemplo, o regime inicial de cumprimento da pena (se fechado ou aberto), o tempo e o lugar em que deve ser cumprida a pena, as circunstâncias agravantes ou atenuantes que se aplicam ao caso etc.

A ideia kelseniana de um sistema dinâmico pressupõe um construtivismo social segundo o qual todos os fatos sociais e todas as normas jurídicas são construções humanas, não algo redutível a fatos naturais ou a outras normas jurídicas promulgadas anteriormente. O que determina a validade de uma norma ou o caráter jurídico de um ato não é sua facticidade, sua existência na natureza, mas o sentido objetivo desse

---

<sup>1</sup> H. Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 218.

preceito ou deste ato, ou seja, o sentido que eles têm para o Direito. O sentido objetivo se diferencia do subjetivo que esses atos têm para seus autores e só pode ser determinado com referência às premissas que lhes atribuem um sentido jurídico específico. Estes últimos regulamentos, por sua vez, também são reconhecidas como jurídicas por terem sido produzidas em conformidade com outras superiores que lhes tenham atribuído validade: “a norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de outra norma”.<sup>2</sup>

Um sistema jurídico dotado de uma dimensão dinâmica se caracteriza por disciplinar sua própria criação. A produção de normas jurídicas individuais é uma atividade regulada por normas superiores que determinam o processo por meio do qual as primeiras são produzidas. O direito, nesta perspectiva, possui uma estrutura escalonada na qual “a norma que regula a produção é uma norma superior, [enquanto] a produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior”.<sup>3</sup> A aplicação de uma norma geral é ao mesmo tempo criação de uma individual: “uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do direito é simultaneamente produção do direito”.<sup>4</sup>

Diferentemente do que sustentam Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, por exemplo, não se aceita a ideia de que o sistema jurídico é um sistema normativo axiomático ou um “conjunto de enunciados que contêm todas as suas conseqüências”, de forma que seria possível estabelecer uma “correlação dedutiva” perfeita entre os casos afrontados pelos juristas práticos e as soluções previstas nas normas que compõem esse sistema normativo.<sup>5</sup> Para esses autores, a própria função de um sistema normativo consiste “em estabelecer correlações dedutivas entre casos e soluções, e isto quer dizer que do conjunto formado pelo sistema normativo e por um

<sup>2</sup> Idem, p. 4.

<sup>3</sup> Idem, p. 247. Como explica Kelsen: “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta” (Ibidem).

<sup>4</sup> Idem, p. 260.

<sup>5</sup> Alchourrón, C.; Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea. 4 ed. 2002. p. 92

enunciado descritivo de um caso, se *deduz* o enunciado de uma solução”.<sup>6</sup> O contraste entre a concepção dinâmica de Kelsen e a concepção estática de Bulygin salta aos olhos. Para o último autor:

se não existissem relações lógicas entre normas jurídicas e se fosse impossível a derivação de uma norma individual de uma norma geral, então as normas gerais careceriam de sentido e a legislação, ou seja, a criação de normas gerais seria uma empresa vã.<sup>7</sup>

As implicações desse debate para a teoria geral do Direito são múltiplas. Aqui nos interessaram, especificamente, as repercussões dessa discussão sobre a criação judicial do direito. Veremos, na próxima seção, como ambas as concepções de sistema jurídico percebem as normas produzidas pelo poder judiciário.

### 3 O problema da criação judicial do direito

#### 3.1 A jurisprudência segundo a teoria pura do direito

Quando Kelsen sustenta a concepção de que a função judicial envolve necessariamente a criação de normas individuais, o fundamento dessa tese se encontra na asserção mais geral de que a unidade da ordem jurídica (a conexão de dependência entre as normas jurídicas que pertencem a esse sistema jurídico) provém do fato de a norma individual buscar seu fundamento de validade em alguma outra de nível superior. Em sua teoria, a relação estabelecida entre essas normas jurídicas é descrita da seguinte maneira:

A norma geral, que liga a um determinado fato abstratamente determinado uma consequência igualmente abstrata, precisa, para poder ser aplicada, de individualização. É preciso estabelecer se *in concreto* existe um fato que a norma geral determina *in abstracto*; e é necessário pôr um ato concreto de coerção – isto é ordená-lo e depois executá-lo – para este caso concreto, ato de coerção que é igualmente determinado *in abstracto* pela norma geral. Portanto, a aplicação de uma norma geral a um caso concreto consiste na produção de uma norma individual, na individualização (ou concretização) da norma geral.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> *Idem*, p. 93 (itálicos adicionados).

<sup>7</sup> Kelsen, H.; Bulygin, E.; Walter, T. **Validez y eficacia del Derecho**, Buenos Aires: Astrea. 2005; p. 79.

<sup>8</sup> H. Kelsen: **Teoria Pura do Direito**, op. cit., p. 256.

Para dizê-lo de forma ainda mais simples, não é possível aplicar um preceito geral sem criar uma nova norma que a individualiza. As sentenças judiciais – inclusive as que reconhece a inconstitucionalidade de uma ordenação geral – têm caráter constitutivo, e não declaratório. Analisado o ordenamento jurídico a partir de um ponto de vista dinâmico, “o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um *estádio intermediário* do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção”.<sup>9</sup> Essa “etapa intermediária” é necessária justamente pela impossibilidade de se deduzir diretamente de uma norma geral a solução para os casos concretos. O processo de individualização do direito é, por conseguinte, um processo sem interrupções em que o direito se “recria em cada momento”.<sup>10</sup>

Essa necessidade de individualização normativa radica em uma propriedade categórica da linguagem ordinária, que é o meio pelo qual todas as normas são expressas. Para Kelsen, a indeterminação semântica, em maior ou menor extensão, é inevitável na comunicação por palavras e enunciados. Apesar de a norma superior determinar não somente o processo de criação da inferior, mas também o seu conteúdo, essa determinação “nunca é completa”, já que sempre permanecerá um espaço maior ou menor para a discricionariedade judicial.<sup>11</sup> A norma geral define nada mais do que uma *moldura* que deve preencher o intérprete autêntico do direito no momento em que a aplica e cria a norma individual.<sup>12</sup> Essa moldura pode ser mais ou menos ampla, mas sempre estará presente na interpretação e na individualização das normas jurídicas. A decisão do intérprete acerca de qual sentido possível para a norma individual deve prevalecer no caso concreto é, portanto, uma *escolha* entre um sem-número de possibilidades de aplicação do direito: “é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.<sup>13</sup>

No que se refere à interpretação do direito – que é o processo pelo qual se determina o sentido dos textos normativos que transmitem normas jurídicas –, Kelsen conduz seu argumento ao extremo, ao sustentar que a questão de *qual*, entre as possíveis alternativas interpretativas, é a

<sup>9</sup> Idem, p. 263.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Idem, p. 388.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Idem, p. 390.

“correta”; essa não é uma pergunta da teoria do direito, mas uma indagação que conerne à “política o direito”: “A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, a criar as únicas leis justas (certas)”<sup>14</sup>, de modo que se deve concluir que não há uma diferença qualitativa entre as atividades de legislação e de adjudicação.

Ademais, não está excluída a possibilidade de a Constituição concede a um tribunal, além da competência para produzir normas individuais em suas sentenças, a obrigação de estabelecer normas gerais.<sup>15</sup> Nessa hipótese, quando a ordem jurídica confere competência ao tribunal para estabelecer normas gerais em seus precedentes judiciais, Kelsen fala de um “alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais”<sup>16</sup> ou, o que é o mesmo, de uma maior descentralização da função legislativa. A validade e a autoridade dos precedentes dependerão, contudo, da existência de uma norma do sistema jurídico em questão que a reconheça. Esta norma é uma “norma de direito material” que, via de regra, faz parte da própria constituição jurídico-positiva.

### 3.2 Um contraponto crítico: a jurisprudência segundo Eugenio Bulygin

Já vimos que a teoria dos sistemas normativos de Alchourrón e Bulygin tem pontos importantes de divergência com a teoria pura do direito. O ponto que nos interessa neste trabalho é a (im)possibilidade de derivação lógica das normas jurídicas. Bulygin acredita que a possibilidade de se inferir normas individuais a partir das gerais é uma condição de racionalidade para o direito. Ele argumenta que um dos princípios consagrados expressamente nos sistemas jurídicos modernos é a exigência de fundamentação das decisões judiciais. Só se poderia cumprir com essa exigência se fosse possível fundamentar uma decisão jurídica em uma norma geral. E o único sentido válido de “fundamentação” ou “justificação”, para o autor, é o de justificação lógica em sentido estrito. O verbo “fundamentar” aqui aparece em um sentido diverso do que utiliza Kelsen. Para Bulygin, “o fundamento de uma decisão é uma *norma geral* da qual aquela é um caso e aplicação”. A relação entre a dita norma e a conclusão é uma relação lógica, não causal. Para expressar essas ideias nas

---

<sup>14</sup> *Idem*, p. 393.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 279 e seguintes.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 279.

próprias palavras do autor: “uma decisão fundada é aquela que se deduz logicamente de uma norma geral”.<sup>17</sup>

Bulygin critica de forma incisiva o conceito de Kelsen, segundo a qual os juízes criam normas individuais ao aplicar as normas gerais de um sistema normativo. A própria função deste, como já vimos, seria a de possibilitar a dedução de soluções concretas por meio de um raciocínio analítico, ele argumenta que uma norma só pode ser considerada “criada” por uma autoridade normativa se seu conteúdo “não é idêntico ao de alguma outra, pertencente à mesma ordem jurídica, nem consequência lógica de outras normas”.<sup>18</sup> Seu argumento mais interessante parece ser este: uma sentença pode estar fundada somente se a resolução do caso concreto “é consequência lógica” dos considerandos elaborados na sua motivação, isto é, se a solução pode ser deduzida “de alguma norma geral fundante, das definições em jogo e dos fatos do caso”.<sup>19</sup> Segundo o autor, somente em uma sentença arbitrária não é assim: “ao juiz está proibido criar normas individuais, pois ele tem o dever de inferi-las das normas gerais e dos fatos do caso”.<sup>20</sup>

A chave desse argumento é a ideia de que a aplicação de uma norma jurídica não é mais do que a subsunção dos fatos do caso na norma geral enunciada pelo legislador. Bulygin não nega, contudo, que há uma distância a ser mediada entre a norma geral e os fatos do caso, mas sustenta que essa distância pode ser eliminada na medida em que o juiz elabore *definições* na fundamentação da sentença. “São relativamente raros os casos em que os juízes têm oportunidade para criar uma norma nova. Na maior parte das vezes o que os juízes criam não são normas, mas enunciados definidores, isto é, enunciados que determinam a extensão de um conceito”.<sup>21</sup> Quando os tribunais definem conceitos como o de “locatário solvente” ou “juros usurário”, não estão ditando normas, mas definindo conceitos. Estes podem adquirir vigência e, nessa medida, ser incorporados ao sistema jurídico. É nesse sentido que a jurisprudência costuma ser considerada como uma fonte do direito.

Bulygin contesta, portanto, o fundamento de que os juízes “criam” direito ao realizar a individualização das normas gerais frente a casos

<sup>17</sup> Bulygin, E. Sentencia judicial y creación de Derecho. In: C. Alchourrón y Bulygin, E. **Analisis Lógico y Derecho**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 356.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 360.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 361.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 369.



concretos. As atividades de “aplicação” e de “criação” do mesmo se tornam novamente separadas, e o aspecto dinâmico do sistema jurídico se desvanece. Essa conclusão pode ser demonstrada, por exemplo, quando Bulygin distingue o conceito de sistema jurídico – que constitui um “conjunto finito de enunciados que compreende todas as suas conseqüências lógicas – do conceito de ordem jurídica, que abarca uma seqüência temporal de sistemas jurídicos”.<sup>22</sup> A cada modificação na interpretação de um enunciado normativo, os teóricos do direito devem elaborar um novo sistema normativo igualmente axiomático e dedutivo.

Há, contudo, uma hipótese em que Bulygin admite que as autoridades jurídicas “criam” direito. Quando não há uma premissa jurídica aplicável – ou seja, em casos “não previstos pela ordem jurídica” – o juiz pode estar autorizado a criar normas gerais para solucionar o caso concreto. É assim, por exemplo, sempre que o juiz emprega o procedimento analógico para criar novas normas jurídicas. Ele estabelece não uma norma individual, mas uma norma geral da qual o caso solucionado é uma instância ou aplicação. Adverte Bulygin, contudo, que esse poder de “criação” – ou quiçá “integração” – do direito é estreitamente limitado, pois não se trata de uma criação *ex nihilo*. Sem embargo, ainda que se admita esse poder criativo dos juízes, o que se criam não são normas individuais, mas unicamente normas gerais.<sup>23</sup>

#### 4 A resposta da teoria pura do direito

Há pelo menos duas classes de perguntas que são relevantes para decidir se é fundada a objeção de Bulygin às teses de Kelsen acerca do caráter criativo da jurisprudência. A primeira está relacionada ao aspecto epistemológico da teoria pura do direito: por que não pode haver relações lógicas entre as normas jurídicas? Ou ainda, que tipo de realidade é o direito? A segunda é menos complexa, mas igualmente importante: como opera a individualização do direito? Que tipo de normas são as individuais produzidas pelos órgãos de aplicação do direito?

As respostas que se encontram nos escritos de Kelsen e na literatura secundária sobre esse autor nos mostrarão por que a teoria pura do direito resiste aos ataques do neoformalismo jurídico de Bulygin.

---

<sup>22</sup> Rodríguez, J.; Súcar, G. **Las trampas de la derrotabilidad**. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”, In Guastini, R.; Comanducci, P. **Analisi e Diritto**. Torino: Giappichelli, 1998. p. 282.

<sup>23</sup> Bulygin, E. **Sentencia judicial y creación de Derecho**, *op. cit.*, p. 362.

#### 4.1 A epistemologia por trás do conceito kelseniano de “aplicação do direito”

Em seus estudos sobre a norma fundamental de Kelsen, o professor Juan Antonio García Amado explica o caráter normativo da jurisprudência na teoria de Kelsen com o seguinte arrazoado: o poder decisório dos juízes se justifica no pensamento de Kelsen por sua função pacificadora de eliminar as disputas e discussões sobre o direito. A atividade dos juízes:

trata-se propriamente de decisão, e não de averiguação de qualquer verdade absoluta, porque não cabe o conhecimento e tais verdades, nem sequer no campo do direito e na aplicação de normas. Por isso, é inafastável a dimensão criativa da aplicação do direito.<sup>24</sup>

Um olhar sobre as bases epistemológicas da teoria pura do direito pode elucidar as razões de fundo da dita conclusão. Surgem, nesse sentido, duas indagações correlacionadas, cujas respostas busca o autor citado: qual é a base da autonomia do direito em Kelsen? Como a noção de *dever-ser* (*Sollen*), que autonomiza e distingue o direito, deve ser interpretada?

Ao responder essas perguntas, García Amado sustenta que “a autonomia do direito, sua independência e especificidade, é *construída* e não dada em nenhum gênero de realidade preexistente ao conhecimento”.<sup>25</sup>

Neste sentido, há pelo menos duas interpretações alternativas da noção de “dever-ser” como categoria formal que define o direito. A primeira é uma interpretação *ontológica* desse “substrato básico do jurídico”. Nesta, aceita-se que o conhecimento se depara com uma “esfera de realidade que em si mesma existe e ‘é’ de um determinado modo e que, em virtude desse seu ‘ser assim’, não pode ser de outro modo e nem ser negada”.<sup>26</sup> O “ser direito é interpretado como um objeto ou uma coisa que existe na realidade e cuja essência pode ser conhecida de modo verdadeiro ou falso. Isso supõe a existência, sempre, de um “conhecimento verdadeiro” sobre o direito.

Contra a concepção ontológica do “dever-ser” jurídico, García Amado interpreta as categorias fundamentais do pensamento kelseniano como parte de uma epistemologia construtivista que reconstrói o seu objeto no pensamento do sujeito cognoscente com fins interpretativos e pragmáticos.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 227

<sup>25</sup> *Idem*, p. 124.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 124.

Assim visto, o *Sollen* não é uma realidade ontológica prévia, mas uma categoria lógica a serviço de uma maneira de interpretar o mundo social, parte da lógica interna de um sistema de pensamento que subjaz a um modo de articular a práxis social como práxis organizada, ordenada.<sup>27</sup>

Portanto, quando Kelsen argumenta que as esferas do “ser” e do “dever-ser” estão separadas e por isso um ser só pode se derivar de outro assim como um dever-ser só pode se derivar de um outro dever-ser:

com isso não se está aludindo à mecânica de um mundo subsistente por si mesmo e que opere portanto à margem de todo pensamento, mas ao modo de como a realidade pode ser pensada, à maneira pela qual o conhecimento interpreta o mundo e os acontecimentos.<sup>28</sup>

O plano do normativo está situado no plano da “idealidade”, contraposto ao da realidade, de sorte que a pergunta formulada nas linhas iniciais desta seção (“que tipo de realidade é o direito?”) pode ser respondida com as seguintes palavras do mesmo comentarista:

Ao analisar a normatividade não nos situamos no âmbito do real, mas do ideal. O direito enquanto tal não é um objeto perceptível sensorialmente, não é um ‘pedaço da realidade natural’; as normas jurídicas, enquanto ‘elementos estruturais’, são representações que se dão ‘na consciência de quem conhece’, ‘na consciência dos indivíduos’, ‘na mente dos seres humanos’. Mas isto não significa nem que o direito careça de qualquer gênero de realidade nem que esta seja a realidade de um ente preexistente ao conhecimento, como ocorre nas idéias platônicas. ‘Certamente – diz Kelsen – se pode também falar de um ‘ser’ ou uma ‘realidade’ do Direito, só que este é um ser ou uma realidade distinta da da natureza’. Mas esta não é uma realidade ideal (no sentido do idealismo), mas ‘espiritual’ do intelecto, isto é, construída pelo pensamento e operativa somente a partir daí; não é uma realidade metafísica, mas intelectual.<sup>29</sup>

A extensa citação acima se justifica por ser uma das mais lúcidas explicações da teoria do conhecimento pressuposta por Kelsen. Como fica claro nas palavras de García Amado, a epistemologia Kelseniana exclui a premissa platônica de que existiria algum tipo de ideal preexistente ao conhecimento, que poderia ser “refletido” ou meramente capturado pelo pensamento. Tudo isso é perfeitamente coerente com o relativismo filosófico do jurista austríaco, que vê a realidade como relativa ao sujeito cognoscente, em contraposição ao absolutismo filosófico, isto é, à

---

<sup>27</sup> Idem, p. 125.

<sup>28</sup> Idem, p. 127.

<sup>29</sup> Idem, p. 129. As referências a Kelsen feitas pelo autor foram aqui omitidas.

“concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, ou seja, uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano”.<sup>30</sup>

É esse mesmo anti-absolutismo filosófico que explica também a tese de que não se pode deduzir as normas individuais das normas gerais que lhes dão fundamento. Nesse particular, o contraste entre as concepções de Kelsen e de Bulygin pode ser claramente visualizado. Como já vimos, Bulygin entende o sistema jurídico como um sistema estático e fechado, ou seja, uma rede da qual se pode deduzir logicamente as soluções jurídicas de todos os casos de aplicação das normas do dito sistema.<sup>31</sup> A derivação de uma norma individual a partir de uma geral é um processo mecânico, na medida em que as primeiras já estão contidas nas últimas.

Ademais, quando se observa o modo como Bulygin define alguns dos conceitos jurídicos fundamentais, parece que este autor confia unicamente ou no que é dado pela experiência ou no que pode ser dedutivamente demonstrado. Assim, a validade de uma norma é verificada quando “se, e somente se, tiver sido ditada por uma autoridade competente” (pressupondo-se a possibilidade de derivar logicamente essas competências das normas gerais). Da mesma forma, a obrigatoriedade existe “se, e somente se, as autoridades encarregadas de sua aplicação têm o dever de aplicá-la” (crendo-se a possibilidade de deduzir esse dever de uma norma); a existência, por sua vez, se define exclusivamente como um “conceito fático”, claramente distinguível dos conceitos normativos (pressupondo-se a capacidade de perceber isto como um dado empírico); a vigência, de modo semelhante, se verifica se, e somente se, puder afirmar-se (empiricamente) que uma norma “será aplicada em caso de se darem as condições para sua aplicação”; e a eficácia, por último, é definida como

<sup>30</sup> Kelsen, H. A essência e o valor da democracia In: **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 164. A opção de Kelsen pelo relativismo filosófico está estritamente ligada a sua opção pela democracia e ao pressuposto da igualdade dos homens em quanto sujeitos do conhecimento. Se não há um conhecimento absoluto dos valores, a forma democrática de tomada de decisões se torna a mais racional, ao passo que se existe uma realidade absoluta, inclusive valores absolutos que dizem o que é justo segundo parâmetros objetivos, a democracia se torna supérflua e inclusive pode levar a opções políticas errôneas. A democracia, portanto, pode ser descrita como um relativismo político: “Legislar [...] significa determinar o conteúdo de uma ordem social, não de acordo com o que, objetivamente, é o melhor para os indivíduos sujeitos a essa ordem, mas de acordo com o que esses indivíduos, ou sua maior parte, correta ou incorretamente acreditam ser o melhor” (Idem, p. 202). Os ideais de igualdade e democracia pressupõem, prossegue Kelsen, a não existência de uma resposta absoluta sobre o que é o melhor, ou seja, “que não existe algo como um bem absoluto” (Ibidem).

<sup>31</sup> Alchourrón, C.; Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit, p. 92

a característica (também empírica) de uma norma a ser obedecida pelos sujeitos aos quais ela se dirige.<sup>32</sup>

O aparato conceitual de Kelsen, por outro lado, é mais sofisticado. Vejamos o conceito de validade de uma norma jurídica. Esta, como sabemos, é definida por ele como “o sentido de atos de vontade das pessoas que criam e aplicam o direito.”<sup>33</sup> Por uma parte, a norma é o sentido subjetivo do ato que a cria, ou seja, sentido que ela tem para as próprias autoridades que a formularam. Mas não é esse sentido o que faz de uma norma uma norma jurídica para que esse sentido torne uma norma jurídica válida “significa que é interpretado também como o sentido objetivo deste ato”. O sentido objetivo ou estritamente jurídico dela, “sua particular significação jurídica”, se determina “por intermédio de uma norma que a ela se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica”.<sup>34</sup> Dizer que uma premissa jurídica seja “válida” “significa que ela e suas funções não são apenas o sentido subjetivo, mas também o sentido objetivo de um ato de vontade mediante o qual – como se diz de modo figurado – é criada essa norma”.<sup>35</sup>

O anti-absolutismo de Kelsen também se manifesta neste aspecto. É necessária uma mediação subjetiva do intérprete para passar de um nível normativo a outro, ou seja, para chegar a uma prescrição individual a partir de uma geral. “Kelsen é relativista também em sua teoria do conhecimento”,<sup>36</sup> e isso inclui o conhecimento sobre normas. O sentido objetivo destas é determinado, portanto, pelas leis que regem o pensamento e o conhecimento.<sup>37</sup> As leis lógicas e as exigências pragmáticas, pressupostas para um conhecimento intersubjetivamente compartilhado, garantem a objetividade do conhecimento e rejeitam o solipsismo e o pluralismo, apesar do fato de o conhecimento ser necessariamente criativo.<sup>38</sup>

<sup>32</sup> Bulygin, E. **Sentencia judicial y creación de Derecho**, op. cit., p. 364.

<sup>33</sup> Kelsen, H. *Validez y eficacia del Derecho*, In Kelsen, H.; Bulygin, E.; Walter, T. **Validez y eficacia del Derecho**, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 57.

<sup>34</sup> Kelsen, H. **Teoria Pura do Direito**, op. cit., p. 4. Ao final desta cadeia de fundamentação está, como se sabe, a norma fundamental ou a última norma básica do sistema jurídico, que não pode ser posta, mas apenas pressuposta.

<sup>35</sup> H. Kelsen, **Validez y eficacia del Derecho**. op. cit., p. 57 s.

<sup>36</sup> Amado, J.A.G. **Hans Kelsen y la norma fundamental**, p. 133.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 133 s.

<sup>38</sup> Para Kelsen, pressupondo-se ainda a interpretação de García Amado, há certas normas que determinam o processo cognitivo e que desse modo “permitem distinguir o que é o conhecimento racional da realidade do que é mera expressão de emoções subjetivas” (AMADO, p. 135). Apesar de todo ato de interpretação ser subjetivo, há algo de estável ou intersubjetivo em todos os enunciados

Imaginar normas das quais se pudesse deduzir logicamente outras seria, portanto, uma incoerência com o sistema de pensamento de Kelsen, já que todas as normas individuais estariam já contidas nas gerais. O sistema jurídico perderia seu caráter dinâmico e a indeterminação da linguagem seria negada. E, talvez o mais importante, a epistemologia de Kelsen seria substituída novamente pelo absolutismo filosófico.

#### **4.2 As transformações no direito e as regras constitutivas: um olhar para a individualização do direito**

Já vimos que a aplicação do direito no pensamento de Kelsen é também criação do direito, pois a relação entre normas jurídicas, apesar de ser uma relação de fundamentação, não se estabelece por um processo dedutivo. Como há sempre um grau de indeterminação semântica nas normas jurídicas, há campo para que o intérprete preencha o espaço de indeterminação e desse modo participe no processo de criação do direito, pois a decisão é a continuação do processo de produção do mesmo. Em casos difíceis, a distância entre uma norma e outra costuma ser tão grande que as premissas gerais oferecem uma orientação muito frágil para os seus destinatários. Por essa razão, Carlos Bernal Pulido, entre outros, considera importante reconhecer uma certa força vinculante para a jurisprudência, principalmente em questões constitucionais, pois as normas individuais estabelecidas pelos tribunais superiores contribuem para a busca da coerência, o respeito ao princípio da igualdade, a garantia da estabilidade do sistema jurídico e para a redução da discricionariedade dos juízes de hierarquia inferior.<sup>39</sup> As normas individuais criadas pela jurisprudência assumem uma função relevante no raciocínio jurídico ao reduzir o grau de indeterminação da Constituição:

nos casos difíceis, entre as circunstancias do caso e a disposição há uma grande distância que só pode ser encurtada por uma norma que tenha relação com o caso e que se possa fundamentar na disposição que se encontra nas fontes formais do direito. A jurisprudência se encarrega de fundamentar e concretizar tais normas, que recebem a denominação de normas derivadas (adsritas) porque se derivam (adscrevem) das disposições existentes nas fontes do direito.<sup>40</sup>

---

interpretados pelos juristas. Que o conhecimento seja um processo criativo não implica que seja arbitrário.

<sup>39</sup> Pulido, B.C. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. In: *El Derecho de los derechos*. Bogota: Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 200.

<sup>40</sup> Idem, p. 212.

Como há uma distância entre a imposição geral e a individual produzida em conformidade com ela, pode dizer-se que o conhecimento jurídico e a argumentação jurídica de modo geral estão embasados em “saltos não-dedutivos” ou “transformações jurídicas”. Somente se pode reconstruir dedutivamente uma decisão jurídica, ou suas etapas, se estas transformações são explicitadas em cadeias de silogismos. Mas pode-se indagar: o que são essas transformações e como pode o jurista identificá-las? Talvez a teoria de Aleksander Peczenik possa nos dar uma resposta satisfatória. Este autor define as “transformações” ou “saltos não-dedutivos” do seguinte modo:

Uma transformação de p em q é realizada se, e somente se, as seguintes condições são cumpridas: (a) a verdade (ou a validade etc) de p é proferida como uma razão suficiente para a afirmação de q; (b) q não se segue dedutivamente de p; e (c) a adição de uma premissa trivial e comumente conhecida não torna a transição de p a q uma inferência dedutiva.<sup>41</sup>

No contexto de justificação das normas jurídicas individuais, as transformações podem ser criticadas ou defendidas, consideradas corretas ou errôneas. Para fundamentá-las são estabelecidas certas “regras de transformação” que funcionam como “regras de inferência” para garantir as conclusões alcançadas por meio das transformações. Essas regras de inferência, que são adicionadas pelo falante e devem ser justificadas por meio de argumentos aptos para resistir às críticas dos possíveis interlocutores, podem tornar dedutivo um passo não-dedutivo (uma transformação). Um enunciado q estabelecido por meio de uma transformação se torna dedutivo quando se estabelece uma regra de inferência do tipo  $p \rightarrow q$ .<sup>42</sup>

No discurso jurídico, seguindo ainda a teoria de Peczenik, há dois tipos de transformações: 1. Por uma parte, pode-se falar das “transformações em direito” (*transformations into law*), por meio das quais se estabelece que uma determinada norma é jurídica e válida. Essa transformação pressupõe um critério de identificação do direito válido, como a ideia da norma fundamental (*Grundnorm*) de um sistema jurídico<sup>43</sup>. 2. Por outra parte, há também as “transformações dentro do direito” (*transformations inside the law*). Estas ocorrem “quando alguém realiza a transformação com vistas a derivar, de um conjunto de premissas entre as quais ao menos

<sup>41</sup> Peczenik, A. *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983, p. 3.

<sup>42</sup> Idem, p. 4 e seguintes.

<sup>43</sup> Idem, p. 25 e seguintes.

uma seja uma norma jurídica válida, uma conclusão concernente ao direito válido”.<sup>44</sup> Como aqui nos interessa unicamente a aplicação do direito, nos concentraremos no segundo tipo de modificações.

As transformações dentro do direito incluem três classes: primeiramente, pode-se derivar uma conclusão sobre uma determinada fonte do direito. A transformação, aqui, é qualificada como uma “transformação-fonte” (*source-transformation*). Um exemplo de transformação-fonte é a decisão de que um determinado precedente judicial é autoritativo e, portanto, conta como uma fonte obrigatória o direito. Em segundo lugar, um salto não-dedutivo pode estabelecer uma norma geral não escrita com fundamento nas fontes do direito. Temos, então, uma “transformação normativa geral” (*general norm-transformation*). Isso se dá, por exemplo, quando o intérprete deriva um princípio geral do direito indutivamente, descrevendo-o como subjacente ao conjunto de regras jurídicas que regulam uma certa instituição. Em terceiro lugar, uma transformação jurídica pode ser estabelecida para permitir a transição de uma norma geral para uma individual necessária para justificar a resolução de um determinado caso concreto. Todas as hipóteses de individualização de normas jurídicas de que fala Kelsen são transformações deste último tipo, as quais são denominadas “transformações normativas individuais” (*individual norm-transformations*).<sup>45</sup>

Com as lições de Kelsen em mente, Peczenik sustenta que “a aplicação do direito exige uma transformação normativa individual”.<sup>46</sup> Esta é feita pelos juízes todas as vezes que eles elaboram normas individuais nas etapas intermediárias do raciocínio que começa nas gerais estabelecidas na lei e termina na norma concreta que decide o caso *sub judice*.

As transformações normativas individuais podem ser classificadas em três categorias: clarificadoras (*secundum legem*), criativas ou supletórias (*praeter legem*) e corretivas (*contra legem*). Se aceitarmos a ideia de que toda norma tem (i) um núcleo semântico incontroverso (*uncontroversial core*), (ii) uma área de periferia e (iii) uma área externa a seu marco semântico, podemos representar suas situações de aplicação segundo o diagrama seguinte.<sup>47</sup>

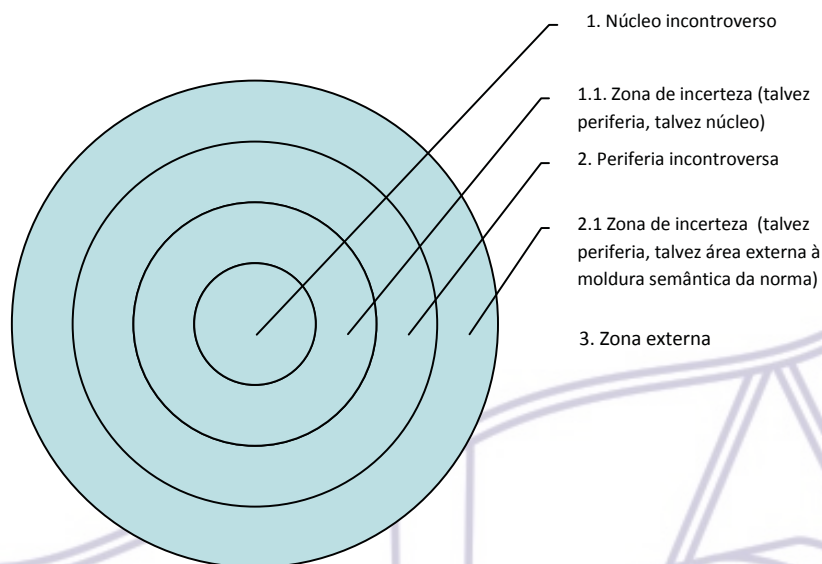
<sup>44</sup> Idem, p. 33.

<sup>45</sup> Idem, p. 33-69.

<sup>46</sup> Idem, p. 48.

<sup>47</sup> Idem, p. 48-50.

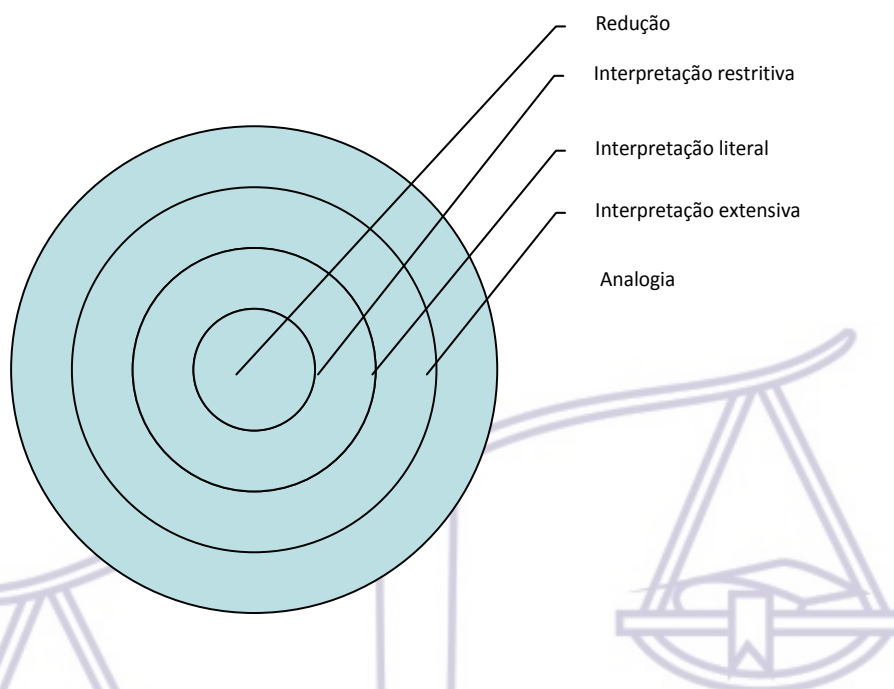




O núcleo incontroverso (1) compreende os sentidos indiscutivelmente compreendidos no marco semântico de uma norma jurídica: não há divergência sobre o seu significado normativo. A periferia (2) se refere aos sentidos que aproximadamente ou segundo critérios não literais se pode reconduzir à moldura de um enunciado normativo geral. A zona externa a uma norma (3) compreende os casos que não se enquadram em qualquer dos significados possíveis de uma expressão normativa utilizada pelo legislador. A zona limítrofe entre o núcleo semântico e a periferia (a zona “talvez núcleo, talvez periferia” [1.1.]) e a zona externa ao marco semântico da norma (2.1), por sua vez, compreendem os casos em que há divergência sobre se uma proposta de interpretação pode ou não ser compreendida na periferia da norma. Em qualquer caso, a transição de uma norma geral para uma individual requer uma transformação ou um salto não dedutivo. Ao fazer estas transformações, os juízes criam direito e decidem casos concretos.

É comum ocorrer, ademais, operações de modificação ou reinterpretção de normas já conhecidas pelo intérprete. Neste caso, como explica Pecznik,<sup>48</sup> temos uma “transformação na área de aplicação de uma norma jurídica”. Vejamos:

<sup>48</sup> Idem, p. 51.



No diagrama acima, também elaborado por Peczenik, estão graficamente representadas as transformações que se pode fazer na área semântica de uma norma depois de sua interpretação. (1) Os casos de redução, por demais raros, são aqueles em que se elimina parte do núcleo semântico incontroverso de uma norma jurídica (são, portanto, decisões *contra legem*). (2) Os casos de interpretação restritiva, de maneira diferente, interpretam a norma de modo que abarque unicamente seu núcleo incontroverso, descartando-se todos os demais sentidos possíveis para o texto normativo. (3) A interpretação literal compreende tanto o núcleo incontroverso como a parte da periferia que costuma encontrar aceitação na linguagem ordinária. (4) a interpretação extensiva, por sua vez, amplia o sentido de uma norma até o ponto em que estiver permitido pelo significado mais amplo das expressões utilizadas pelo legislador. E, finalmente, (5) a conclusão por analogia jurídica aplica uma norma a casos não compreendidos em sua hipótese de incidência, ou seja, cria uma nova norma geral para casos que poderiam ser resolvidos segundo os mesmos critérios da norma analogicamente aplicada.<sup>49</sup>

Como está claro, mesmo nos casos mais fáceis – os casos de

<sup>49</sup> Ibidem.

interpretação literal – é necessário um ato do intérprete para estabelecer o sentido dos conceitos e as definições utilizadas pelo legislador. Neste sentido, a teoria pura do direito não tem grande dificuldade para rebater o principal argumento de Bulygin contra a tese de que os juízes necessariamente criam novas normas individuais ao aplicar as normas gerais existentes na legislação. Quando Bulygin afirma que os tribunais não criam normas, mas somente definem conceitos, não é difícil observar que cada vez que em um tribunal é definido um conceito, uma transformação se opera dentro do direito. Os conceitos não podem ser deduzidos das normas gerais, pois constituem justamente a determinação do que estava indeterminado na formulação original da norma. Quando os tribunais estabelecem o sentido ou a extensão das expressões empregadas pelo legislador, eles não estão meramente descrevendo uma realidade, mas criando conexões de sentido e atribuindo novos conteúdos concretos de regulação jurídica. Uma norma que se limite a estatuir que a liberdade de manifestação de pensamento está protegida, desde que esta manifestação não interfira injustificadamente na honra ou na privacidade das pessoas, diz muito pouco acerca do que se deve fazer quando um periódico decide publicar documentos sobre a vida pessoal de um candidato a um cargo político nas eleições majoritárias. Uma norma que protege a livre manifestação de pensamento no parlamento mas proíbe discursos discriminatórios ou propostas tendentes a abolir o sistema federativo ou a forma democrática de deliberação política, também diz muito pouco sobre o conteúdo concreto do discurso X ou do projeto de lei Y. Em todos esses casos, se faz necessária uma mediação individualizadora do intérprete para que essas normas tenham um conteúdo concreto de regulação.

Cada vez que um juiz, um tribunal ou qualquer outra autoridade competente para aplicar o direito define conceitos ou estabelece o sentido concreto dessa norma e portanto concretiza a moldura deste juiz, tribunal ou autoridade está criando com esse ato uma *regra constitutiva* que “cria ou define novas formas de comportamento” relevantes para o direito.<sup>50</sup> Uma norma constitutiva estabelece o sentido que um determinado ato ou fato tem no discurso do falante.<sup>51</sup> No discurso jurídico, se este falante é uma autoridade que pratica atos de fala para determinar o status jurídico de algo, essas definições ou regras constitutivas obviamente têm, também, um significado normativo, pois elas são imprescindíveis para conhecer

---

<sup>50</sup> Searle, J. R. *Speech Acts: An essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press. 1969. p. 33.

<sup>51</sup> Idem, p. 36.

o “sentido objetivo” do ato de fala realizado pelo juiz ao solucionar uma disputa jurídica. Mesmo quando os juízes não estabelecem qualquer norma jurídica geral, não pode haver dúvida de que criam normas individuais e põem em movimento o processo dinâmico de produção do direito. A hipótese contrária, que encontra poucos defensores além de Bulygin, pressupõe um formalismo jurídico excessivamente simplificador e que não contribui em nenhuma medida para reduzir a discricionariedade judicial.

Restam abertas, sem embargo, uma série de perguntas altamente relevantes para a prática jurídica. Para mencionar apenas umas poucas, pode-se indagar: em que medida as normas estabelecidas pelos juízes são vinculantes para a argumentação jurídica? Pode-se estender ou excepcionar essas normas? Que tipo de fontes do direito elas constituem? Todas essas perguntas são de capital importância e devem ser respondidas por uma teoria dos precedentes judiciais que se estabeleça como um complemento da teoria geral do direito. Essa teoria deve estabelecer, por exemplo, os fatores institucionais e não institucionais que influem na força do precedente judicial, os métodos adequados para sua interpretação, a forma de se isolar a “norma individual relevante” (*ratio decidendi*) de um caso concreto etc. Provavelmente as ambições dessa teoria vão mais além do propósito descritivo da teoria pura do direito. Uma coisa, sem embargo, é certa: a análise que Kelsen faz do processo dinâmico de aplicação do direito – assim como o construtivismo epistemológico que subjaz a sua teoria do direito – é a explicação mais fecunda do processo de aplicação do mesmo que se conhece. Inclusive as teorias que ambicionam ir mais além dos limites do descritivismo da teoria pura do direito, como os desenvolvimentos teóricos da argumentação jurídica de Robert Alexy, Aulis Aarnio, Aleksander Peczenik, Manuel Atienza e, em certo sentido, a de Neil MacCormick, não se afastam da explicação de Kelsen para o momento dinâmico do direito e do processo de aplicação de normas jurídicas.<sup>52</sup> O conceito de aplicação do mesmo da teoria pura continua sendo extremamente importante para o desenvolvimento das teorias da argumentação jurídica ou de qualquer outro ramo da filosofia do direito.

<sup>52</sup> Por nossa parte, também tentamos elaborar uma teoria do precedente judicial que o analisa no contexto da teoria da argumentação jurídica e tem pretensões normativas. Apesar de isso implicar que a nossa teoria busca transcender o positivismo da teoria pura do direito, não há dúvida de que aquela tem nesta um dos principais pontos de apoio, na medida em que o modelo dinâmico de aplicação do direito é integralmente adotado. Ver: Bustamante, T. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais, São Paulo: Malheiros.

**THE CREATION OF LAW BY JURISPRUDENCE: NOTES ABOUT THE APPLICATION OF LAW AND THE EPISTEMOLOGY IN THE PURE THEORY OF LAW**

**Abstract:** This essay attempts to show how the Pure Theory of Law deals with the problem of the judicial creation of Law, especially through the concretization or individualization of general norms by the law-applying entities. On the basis of a general explanation of the dynamic aspect of contemporary legal systems and of the creativity of adjudication, the author intends to contest one of most powerful objections raised by Eugenio Bulygin against Kelsen's Pure Theory of Law, as well as to demonstrate how Kelsen's description of the process of individualization of law can contribute to important developments in the theory of law and in the contemporary theories of legal argumentation.

**Keywords:** Kelsen. Case Law. Creativity. Judicial decision

**REFERÊNCIAS**

ALCHOURRÓN, C.; BULYGIN, E. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**, 4. Reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 2002.

AMADO, J. A. G. **Hans Kelsen y la norma fundamental**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BULYGIN, E. Observaciones a Kelsen, 'Validez y eficacia del Derecho'. In: KELSEN, H.; BULYGIN, E.; WALTER, T. **Validez y eficacia del Derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 79.

BULYGIN, E. Sentencia judicial y creación de Derecho. In: ALCHOURRÓN, C.; BULYGIN, E. **Análisis Lógico y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 356.

KELSEN, H. Validez y eficacia del Derecho. In: KELSEN, H.; BULYGIN, E.; WALTER, T. **Validez y eficacia del Derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 57.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**, Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PULIDO, C. B. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. In: **El Derecho de los derechos**. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 200.

PECZENIK, A. **The Basis of Legal Justification**. Lund: University of Lund, 1983. p. 3.

RODRÍGUEZ, Cf. J.; SÚCAR, G. Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho. In: GUASTINI, R.; COMANDUCCI, P. (eds.). **Analisi e Diritto**. Torino: Giapphicelli, 1998. p. 282.

SEARLE, J. R. **Speech Acts: An essay in the Philosophy of Language**. Cambridge: Cambridge University Press, 1969. p. 33.

☰ Artigo recebido mediante convite

