

VALIDADE E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS OBRAS DE HANS KELSEN, ALF ROSS E MARCOS BERNARDES DE MELLO

Carolina Stagliorio Dumet Faria¹

RESUMO

Hans Kelsen e Alf Ross foram grandes contribuintes do movimento positivista do século XX. Dentre os assuntos abordados em seus escritos “Teoria Pura do Direito” e “Direito e Justiça”, respectivamente, ambos trataram da validade e da eficácia das normas jurídicas. Um século depois, o jurista brasileiro Marcos Bernardes de Mello, baseando-se nos escritos de Pontes de Miranda, desenvolve a obra “Teoria do Fato Jurídico”, separando e atualizando os conceitos de validade, eficácia e existência das normas. O presente trabalho objetivou comparar os conceitos de validade e eficácia presentes na obra dos três autores, tomando Marcos Bernardes de Mello como marco teórico, em razão de sua atualidade. Neste sentido, adotou-se o procedimento de revisão bibliográfica e o método escolhido foi o dialético, haja vista que se busca dialogar com entendimentos sobre o mesmo tema, mas de diferentes autores, escritos em locais e períodos diversos. O estudo levou a conclusão de que os conceitos de validade e de eficácia, ao longo da história do direito, foram aperfeiçoados a fim de garantir maior aplicabilidade teórica para a norma jurídica, norteados, inclusive, questões práticas, a exemplo dos critérios de validade presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Validade; eficácia; normas jurídicas.

SUMMARY

Hans Kelsen and Alf Ross were major contributors to the 20th century positivist movement. Among the topics covered in their writings “Pure Theory of Law” and “Law and Justice”, respectively, both dealt with the validity and efficacy of legal norms. A century later, the Brazilian jurist Marcos Bernardes de Mello, based on the writings of Pontes de Miranda, develops the work “Theory of Legal Fact”, separating and updating the concepts of validity, efficacy and existence of norms. The present work aimed to compare the concepts of validity and efficacy present in the work of the three authors, taking Marcos Bernardes de Mello as a theoretical framework, due to its current relevance. In this sense, the bibliographic review procedure was adopted and the method chosen was dialectical, given that the aim is to dialogue with understandings on the same topic, but from different authors, written in different places and periods. The study led to the conclusion that the concepts of validity and efficacy, throughout the history of law, were improved in order to guarantee greater theoretical applicability to the legal norm, even guiding practical issues, such as the validity criteria present in the Brazilian legal order.

Keywords: Validity; efficiency; legal standards.

¹ Advogada, graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA, pós-graduada em Direito Médico e Bioética pela EBRADI, Secretária Geral do Instituto Baiano de Direito e Feminismos (IBADFEM), membra da Women In Global Health Brazil e da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/BA. Sócia fundadora do Escritório Borges Dumet Advocacia e da Editora Jusfeminismo

INTRODUÇÃO

Hans Kelsen (1881-1973) foi um jurista e filósofo checo de origem judaica. Apesar de ter nascido em Praga, sua formação cultural ocorreu em Viena, onde iniciou, também, sua formação jurídica. Em 1906 concluiu o curso de direito e teve a oportunidade de estudar com Georg Jellinek. A partir de 1911 começou a lecionar na Faculdade de Direito de Viena, período no qual se converteu ao cristianismo².

No ano de 1917, foi convocado para servir como assessor jurídico do Ministério da Guerra e, a partir do ano seguinte, passou a colaborar com a redação da nova Constituição da Áustria, influenciando na criação da Corte Constitucional, defendendo que o “guardião da Constituição deveria ser um tribunal independente dos poderes executivo e legislativo”. Em 1920, com a aprovação da referida corte, passa a ser membro e conselheiro permanente dela e, entre 1921 e 1930, atuou como juiz na Corte Constitucional da Áustria³.

Em 1933, depois de ter sido afastado em 1932 de sua posição de diretor da Universidade de Colônia através de aposentadoria (no ano seguinte a nomeação de Adolf Hitler como chanceler), publicou a primeira versão em alemão da Teoria Pura do Direito, em que propôs o princípio da pureza das normas jurídicas, na mesma obra, tratou da validade e eficácia das normas jurídicas⁴.

Por outro lado, jurista e filósofo dinamarquês Alf Ross (1899-1979) é reconhecido como um dos fundadores do realismo jurídico escandinavo. Em 1922, realizou viagem para estudar sobre a filosofia do direito, percorrendo França, Inglaterra e Áustria, tendo sido aluno de Hans Kelsen, mas se distanciando de sua teoria, e elaborando sua obra “Teoria das Fontes do Direito”. O jurista ocupou durante quarenta anos a função de consultor jurídico da Câmara de Comércio Dinamarquesa, e entre 1959 e 1972 foi de juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos⁵.

² DE LIMA, Daniela. Hans Kelsen: breve incursão biográfica e literária. *Âmbito Jurídico*. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-82/hans-kelsen-breve-incursao-biografica-e-literaria/>. Acesso em: 08 jun. 2024.

³ *Idem*.

⁴ *Idem*.

⁵ RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. Alf Ross e seu Realismo Jurídico: uma resenha crítica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** v.8, n.1, jan.-abr. 2016, p,117.

Em 1958, publicou o escrito “*On law and justice*”, publicado em português nos anos 2000 como “Direito e Justiça”, que realiza uma interpretação realista do Direito, enfatizando o papel dos juízes, de modo que a norma jurídica é, para Ross, aquilo que os juízes aplicam⁶. Entre outras temáticas, Alf Ross afirma que a dimensão da validade não seria distinta da eficácia, posição comum às teorias realistas que entendem que o direito vigente é o que tem efetividade social.

Mais recentemente, Marcos Bernardo de Mello, nascido em 1935, advogado e jurista brasileiro, que já foi presidente da Ordem dos Advogados do Brasil de Alagoas (entre 2004 e 2006), juiz do Tribunal Regional Eleitoral (entre 1992 e 1996), e atualmente advoga e leciona na Universidade Federal de Alagoas.

Em de suas obras mais conhecidas, “Teoria do Fato Jurídico”, em que se baseia nos ensinamentos de Ponte de Miranda, composta por três volumes, diferencia o plano da existência, plano da eficácia e plano da validade das normas jurídicas. Em razão de sua contemporaneidade e do reconhecimento de sua obra, foi escolhido neste artigo como marco teórico para comparar o entendimento entre este, Hans Kelsen e Alf Ross – expoentes do positivismo jurídico do século XX, movimento que visava afastar as incertezas advinda da ideia de valores do jusnaturalismo, afirmando que só existe o direito que está positivado - no que se refere a eficácia e a validade das normas, proposta de análise do presente trabalho.

Neste sentido, adotou-se o procedimento de revisão bibliográfica com base nas obras “Teoria do Fato Jurídico” e “Direito e Justiça”. Por fim, cumpre frisar que o método escolhido foi o dialético, haja vista que se busca dialogar com entendimentos sobre o mesmo tema, mas de diferentes autores, escritos em locais e períodos diversos.

1 TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN: VALIDADE E EFICÁCIA

Hans Kelsen é considerado um dos principais pensadores do positivismo jurídico, defendendo a ciência jurídica como autônoma diante de outras matérias como a filosofia, sociologia e psicologia, possuindo método e objetivo próprio. Em outras palavras, para Kelsen, o direito poderia ser justificado apenas com noções jurídicas.

⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. Empiria como Critério de Vigência do Direito: entre Alf Ross e Hebert Hart. Seqüência (Florianópolis), n. 72, abr. 2016, p. 195.

No prefácio à primeira edição de sua obra “Teoria Pura do Direito”, ora estudada, escrito em maio de 1934, o autor informa que durante décadas se empenhou no desenvolvimento de uma teoria jurídica pura, isenta de ideologias políticas e de elementos das ciências naturais, objetivando, portanto, aproximar os resultados do conhecimento jurídico da objetividade e exatidão. No que tange às críticas recebidas de outro juristas, o autor afirma que não estavam sendo apontadas por motivos científicos, mas por razões políticas providas de carga afetiva⁷.

Ao prefácio da segunda edição, elaborado em abril de 1960, Kelsen adiciona que não quer que a obra seja considerada uma apresentação de resultados definitivos, mas sem complementações e aperfeiçoamento⁸.

Vale frisar que, a Teoria Pura do Direito não é apenas um livro, mas sim, uma escola de pensamento que evoluiu durante o século XX. O que Kelsen buscou foi elaborar um modelo epistemológico purista para a ciência do direito, evitando a metafísica, para alcançar um método racionalista rigoroso e sistemático⁹.

Vale frisar que o autor trata da vigência da norma jurídica, esclarecendo que ela se refere a existência específica da norma, o que se difere do ato de vontade do qual ela é o sentido objetivo. Além disso, ele ensina que a norma jurídica entra em vigor antes de se tornar eficaz (ser seguida e aplicada), de modo que a vigência e a eficácia não se coincidem cronologicamente¹⁰.

Ademais, aduz que a existência de uma norma positiva se equipara a sua vigência, e é diferente da existência do ato de vontade do qual ela é o sentido objetivo. Isso se compreende ao pensar que uma norma, mesmo quando seu legislador que deu origem ao ato de vontade falece, pode continuar sendo vigente¹¹.

Kelsen insere a vigência da norma na ordem do dever-ser (o que deve ser ou acontecer de forma ideal, a norma comanda, permite ou dar poder para algo, diferentemente do “ser” que remete aos atos de vontade humanos), razão pela qual é

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. VII a IX.

⁸ *Idem*, p. X a XI.

⁹ PONTES, José Antonio Siqueira. Fundamentos para uma leitura crítica de Hans Kelsen no século XXI: em busca de um modelo kelseniano clássico. (2016). *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v.110, p. 589, 2016.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 7 a 11.

¹¹ *Idem*.

diferente da eficácia, esta última definida como “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”¹².

Somado a isso, o autor entende que a validade de uma norma é, necessariamente, fundamentada na validade de uma norma superior que, para que não haja uma indagação sobre a norma que está acima de outra *ad infinitum*, tem-se uma norma fundamental como a mais elevada do sistema normativo em questão. Assim, “todas as normas que remetem, nas suas indagações de validade, a uma mesma norma fundamental, pertencem ao mesmo sistema normativo”¹³.

Vale ressaltar que, ao longo de sua obra Kelsen usa “validade” como qualidade que expressa a própria existência da norma, para tratar da relação entre uma norma e um sistema jurídico, como relação intranormativa e para afirmar que uma norma válida significa que ela é observada¹⁴. Todas essas possibilidades podem ser resumidas em “[...]se uma norma existe, pertence a um ordenamento e é obrigatória, isso só ocorre porque foi produzida de acordo com outra norma”¹⁵.

Apesar de distinguir validade (vigência) de eficácia, o autor afirma que para uma norma ser objetivamente válida, é necessário que ela tenha o mínimo de eficácia. Kelsen identifica que para considerar uma norma jurídica objetivamente válida, é preciso haver uma conduta humana regulada por ela que lhe corresponda efetivamente, ao menos em certa medida. “Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que - como costuma dizer-se - não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente)”¹⁶.

¹² *Idem*, p. 8.

¹³ NOU, Bruno. A concepção de normas válidas na visão de Hans Kelsen e de Alf Ross. *JUS*. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44790/a-concepcao-de-normas-validas-na-visao-de-hans-kelsen-e-de-alf-ross/2>. Acesso em: 08 jun. 2024.

¹⁴ NOU, Bruno. A concepção de normas válidas na visão de Hans Kelsen e de Alf Ross. *JUS*. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44790/a-concepcao-de-normas-validas-na-visao-de-hans-kelsen-e-de-alf-ross/2>. Acesso em: 08 jun. 2024.

¹⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Contemporâneo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 37.

¹⁶ *Idem*.

Ocorre que, ele insere eficácia no campo do “ser” e a validade está, para ele, no campo do “dever ser”¹⁷. Assim, ao condicionar uma a outra, há uma incongruência em sua proposta de diferenciar os campos na obra *Teoria Pura do Direito*.

2 DIREITO E JUSTIÇA DE ALF ROSS: VALIDADE E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA

Inicialmente, cumpre ressaltar que, por ser um dos principais expoentes do realismo escandinavo, Alf Ross traz as características desta corrente, rejeitando a metafísica, utilizando fundamento empírico a partir de uma abordagem científica, não reconhecendo que valores tem existência objetiva e analisando a função da linguagem das normas como constitutiva ou performativa¹⁸.

Em sua obra “Direito e Justiça”, o jurista Alf Ross afirma que várias ações humanas são “interpretadas como um todo coerente de significação e motivação por meio de normas jurídicas que configuram um esquema interpretativo”¹⁹.

Ademais, define direito vigente como um conjunto abstrato de ideias normativas que servem para interpretar os fenômenos do direito em ação, quer dizer, as normas jurídicas seriam acatadas efetivamente, haja vista serem tidas como socialmente obrigatórias. De acordo com o jurista, a vigência envolve a efetividade real da regra, quer dizer, se ela é, de fato, observada na sociedade, e a motivação que essa regra suscita, tornando-a socialmente obrigatória²⁰.

Ainda em relação ao direito “vigente”, Ross aduz que um sistema de normas é vigente quando é capaz de servir como um esquema de interpretação para um conjunto correspondente de ações sociais²¹, e que essa vigência das normas é condicionada por sua efetividade²².

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 235.

¹⁸ *Idem*, p. 199.

¹⁹ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, São Paulo: Edipro, 2000. p. 40.

²⁰ COSTA E SILVA, Gabriela. Vigência, validade e eficácia da norma jurídica: Uma análise comparativa entre as perspectivas estrutural, empírica, analítica e finalística do direito. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Brasília. v. 3. n. 1. jan./jun. 2017. p. 50.

²¹ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, São Paulo: Edipro, 2000. p. 59.

²² *Idem*, p. 60.

Para este autor, o direito é um fenômeno empírico, aplicável aos tribunais. Por rejeitar quaisquer influências metafísicas ao versar sobre o que é o direito, Ross é colocado na posição de positivista²³.

No que se refere a validade de uma norma jurídica, para Ross ela deriva de uma superior com base na qual ela foi criada – neste ponto, diferenciam-se as normas de conduta (prescreve ação ou determina proibição) e de competência (parametrização das normas de conduta) -, de modo que a validade é um conceito absoluto, ou a norma é válida ou não é²⁴. Ao mesmo tempo, rejeita a ideia (naturalista) de uma validade “a priori” que coloca o direito acima do “mundo dos fatos”, prezando por uma validade reinterpretada em termos de fatos sociais²⁵.

O autor retorna à questão da validade quando trata da sanção no direito, afirmando que o medo de sofrer com uma sanção e o “sentimento de se achar obrigado pelo que é válido operam conjuntamente como motivos integrante da mesma ação”²⁶.

Vale frisar que, para o jurista, um ordenamento válido é aquele que contém normas que servem para interpretar um conjunto de ações, ademais, um direito válido não se refere ao passado, mas sim, ao futuro, desde que não haja nesse intervalo de tempo uma modificação no Estado de direito²⁷.

Ao longo de sua obra, Ross insere a eficácia de uma norma jurídica como elemento fundamental para sua validade²⁸, assimilando-as por entender que uma norma válida significa que “se entende por validade a existência, ou seja, a aplicação efetiva da norma” e que a norma, para ser válida, precisa ser “dotada de uma força obrigatória inerente ao conceito de Direito”²⁹.

²³ COSTA E SILVA, Gabriela. Vigência, validade e eficácia da norma jurídica: Uma análise comparativa entre as perspectivas estrutural, empírica, analítica e finalística do direito. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Brasília. v. 3. n. 1, jan./jun. 2017, p. 49.

²⁴ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, São Paulo: Edipro, 2000. p. 70.

²⁵ *Idem*, p. 19.

²⁶ *Idem*, p. 88.

²⁷ NOU, Bruno. A concepção de normas válidas na visão de Hans Kelsen e de Alf Ross. *JUS*. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44790/a-concepcao-de-normas-validas-na-visao-de-hans-kelsen-e-de-alf-ross/2>. Acesso em: 08 jun. 2024.

²⁸ MELLO, Pedro César Ivo Trindade. A relação entre Eficácia e Validade das Normas Jurídicas: diálogo entre as Teorias de Alf Ross e Hans Kelsen. In: Conpedi/Ufsc. (org.). *A relação entre eficácia e validade das normas jurídicas: diálogo entre as Teorias de Alf Ross e Hans Kelsen*. 23. ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. T314, p. 15.

²⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. Empíria como critério de vigência do Direito: entre Alf Ross e Hebert Hart. *Seqüência*, Florianópolis, n. 72, abr. 2016.p. 200.

No que se refere, especificamente, a eficácia da norma jurídica, para Alf Ross, “efetividade que condicionada a vigência das normas só pode, portanto, ser buscada na aplicação judicial do direito, não o podendo no direito em ação entre indivíduos particulares”³⁰. Além disso, entende que o direito não é formado por normas que contam com a força (a sanção) para garantir sua eficácia – para este autor, definir o direito como “conjunto de normas sancionadas pela força” é ignorar outras questões essenciais do direito como as normas de competência que não apresentam sanção pelo seu descumprimento³¹.

Assim, a partir do estudo de Direito e Justiça, nota-se que para Alf Ross, vigência, validade e eficácia da norma jurídica são conceitos que não possuem marco distintivo entre eles³².

3 TEORIA DO FATO JURÍDICO DE MARCOS BERNARDES DE MELLO: PLANO DA VALIDADE E PLANO DA EFICÁCIA

Antes de aprofundar nos esclarecimentos de Marcos Bernardes de Mello sobre o Plano da vigência e o Plano da eficácia, faz-se necessário esclarecer alguns conceitos importantes em sua obra “Teoria do Fato Jurídico”. O autor atribui a Pontes de Miranda³³ a melhor definição do fato jurídico, qual seja:

[...] o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e poque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico [...] no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade³⁴.

Ademais, para além dos planos de validade e eficácia, objetos do presente estudo, a seguir explorados, Marcos Bernardes de Mello trata do plano da existência,

³⁰ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, São Paulo: Edipro, 2000, p. 60.

³¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. Empiria como critério de vigência do Direito: entre Alf Ross e Hebert Hart. *Seqüência*, Florianópolis, n. 72, abr. 2016. p. 204.

³² COSTA E SILVA, Gabriela. Vigência, validade e eficácia da norma jurídica: Uma análise comparativa entre as perspectivas estrutural, empírica, analítica e finalística do direito. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Brasília. v. 3. n. 1, jan./jun. 2017, p. 50.

³³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 145.

³⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. I, p. 77.

que ocorre quando “ao sofrer incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência”³⁵.

Em outras palavras, quando há uma definição normativa hipotética do fato jurídico e esta hipótese se concretiza no mundo dos fatos, há uma conseqüente juridicização por força da incidência da norma e sua entrada como fato jurídico no plano do direito, no plano da existência, quer dizer, para que um fato jurídico exista é preciso que a ordem jurídica o considere como relevante no mundo jurídico.

Tem-se, por exemplo, o casamento, que só é existente no mundo jurídico, por ser considerado pela ordem jurídica, relevante.

Em seguida a entrada do fato jurídico no plano da existência, o autor Marcos Bernardes de Mello trata do Plano da Validade. Para este autor, a validade se refere a perfeição do ato jurídico diante da norma positivada³⁶, de modo que o “plano da validade” se refere a parcela do mundo jurídico em que se verifica se há ou não déficit de elementos nucleares do suporte fático do ato jurídico³⁷. Um suporte fático - o suporte fático se refere ao fato somado a sua valoração - perfeito se refere a uma total conformidade ao ordenamento jurídico³⁸.

Bernardes de Mello enfatiza que é impossível logicamente confundir existência, validade e eficácia³⁹. Isto porque, o fato jurídico, após incidir uma norma sobre seu suporte fático, passa a existir. Ademais, se ele é válido (ou até inválido), isso pressupõe sua existência, o que também ocorre para a eficácia, que exige a existência do fato jurídico. No entanto, existir não depende da validade e eficácia do fato jurídico, nem a eficácia depende da validade, haja vista que, por exemplo, atos jurídicos inválidos anuláveis, produz seus efeitos até serem desconstituídos⁴⁰.

Além disso, o próprio Código Civil, em seu artigo 104, que para que um negócio jurídico seja válido, é preciso que o agente seja capaz, o objeto seja lícito, possível,

³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134.

³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.

³⁷ *Idem*, p. 3.

³⁸ *Idem*, p. 4.

³⁹ *Idem*, p. 12.

⁴⁰ *Idem*, p. 13.

determinado ou determinado e a forma seja prescrita ou não defesa em lei⁴¹. No entanto, Marcos Bernardes de Mello identifica a insuficiência desse artigo, especialmente pela falta de referência a moralidade do objeto (artigo 122 do Código Civil) e à incompatibilidade com a norma jurídica cogente (artigo 166, VI, Código Civil), além dos vícios e outros defeitos, e a falta de anuência de outros quando exigido⁴².

Ressalta-se que a validade só se aplica aos atos jurídicos lícitos e negócios jurídicos. Nesse plano, verifica-se se o ato, relevante para o mundo jurídico, é compatível ou não com o ordenamento que o regula.

Retornando ao casamento, por exemplo, ambos os agentes devem ser capazes, tem vontade livre, o objeto deve ser lícito e a forma adequada, para que ele seja válido.

No que se refere ao Plano da Eficácia, autor define como “categorias eficácias todas as espécies de efeitos jurídicos encontráveis no mundo do direito”⁴³ e destaca que, apenas a entrada do fato no mundo jurídico (existência) pode gerar efeitos. Ademais, a eficácia jurídica pode ser limitada por ordem pessoal, espacial, temporal, de conteúdo e pela vontade.

Retornando exemplo o casamento do artigo 1.535 do Código Civil⁴⁴, que descreve uma definição normativa hipotética, no momento em que os contraentes, juntamente com as testemunhas e o oficial de registro, tendo os nubentes afirmado que pretendem casar por livre e espontânea vontade, e o presidente do ato se pronunciar nos exatos termos previstos na norma – “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados” – há concretização da hipótese no mundo dos fatos, incidindo a norma, ingressando no plano da existência, tendo todos os requisitos de validade, está no plano da validade e, posteriormente, surtindo efeitos, é eficaz.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

⁴² *Idem*, p. 19.

⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 40.

⁴⁴ Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados." *In*: BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

Assim, por se referir em grande parte de sua obra a Pontes de Miranda, é necessário destacar a teoria desenvolvida por este, denominada de Escala Pontea, adotada por Marcos Bernardes de Mello em sua obra, em que se identifica que os fatos jurídicos têm três planos: existência, validade e eficácia. Para que seja um fato jurídico “completo”, é preciso atravessar os três planos:

Para que um fato da vida tenha repercussão jurídica e, portanto, possa ser tido por jurídico, ele precisa atravessar esses três planos, atendendo aos requisitos legais de cada um deles. Se o fato atravessar apenas o plano da existência, mas não o da validade, ele é um fato jurídico que será tido por inválido. Se, porém, ele atravessar o plano da existência e o da validade, mas não o da eficácia, ele será um fato jurídico existente e válido, mas ineficaz⁴⁵.

Por fim, a vigência, de acordo com Marcos Bernardes de Mello, baseado no entendimento de Pontes de Miranda, é caracterizada pela incidência, quer dizer, a possibilidade da norma de criar o fato jurídico.

4 COMPARAÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS NAS OBRAS DE HANS KELSEN, ALF ROSS E MARCOS BERNARDES DE MELLO

Tendo sido esclarecido o que as obras de Hans Kelsen, Alf Ross e Marcos Bernardes de Mello entendem sobre validade e eficácia das normas, nota-se que, enquanto para Kelsen uma norma válida é aquela que segue a previsão de uma norma superior, remetendo, em último grau, à norma fundamental, para Alf Ross as normas são válidas por servirem de interpretação para o julgador elaborar suas decisões.

Há, ainda, uma diferenciação quando Kelsen entende que validade deriva da norma fundamental, enquanto Ross entende que isso colocaria a validade como um elemento *a priori*, o que por ele é criticado, afinal identifica que está no plano metafísico – o que é negado pelo positivismo. No entanto, ao colocar a validade como dependente do sentimento da autoridade judicial de que a norma é obrigatória, Ross também esbarra em um aspecto metafísico⁴⁶.

⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Considerações sobre os planos dos fatos jurídicos e a “substituição do fundamento do ato de vontade*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONEG/ Senado, 2020, p. 10.

⁴⁶ NOU, Bruno. A concepção de normas válidas na visão de Hans Kelsen e de Alf Ross. *JUS*. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44790/a-concepcao-de-normas-validas-na-visao-de-hans-kelsen-e-de-alf-ross/2>. Acesso em: 08 jun. 2024.

No entanto, levando em consideração o escrito na obra de Marcos Bernardes de Mello, escolhido como marco teórico do presente trabalho, a validade se refere a perfeição do ato jurídico perante a norma positiva. Ademais, enquanto Hans Kelsen e Alf Ross não incluem diretamente o conteúdo da norma como critério para sua validade, Bernardes de Mello o faz, citando, por exemplo, os requisitos presentes no artigo 104 do Código Civil.

Percebe-se, também que Kelsen confunde os conceitos de existência e validade, distinguindo-os da eficácia (embora em sua obra considere-as interdependentes, o que vai se encontro ao que ele mesmo propor no escrito). Já Ross confunde validade e eficácia, narrando-as como sinônimos.

Estabelecendo um paralelo com Marcos Bernardes de Mello, que entende que a eficácia são os efeitos que a norma gera no mundo jurídico, sendo impossível, para esse autor, confundir os conceitos de validade, eficácia e existência da norma jurídica.

Quando se considera a escala ponteana, percebe-se que nem Alf Ross, nem Hans Kelsen, estabelecem um parâmetro de planos que se assimile a Teoria de Pontes de Miranda, principalmente pela constante confusão conceitual entre os planos.

Por fim, no que se refere ao entendimento sobre a vigência da norma, presente nas obras Direito e Justiça e Teoria Pura do Direito. Enquanto Kelsen entende que a vigência se equipara a existência de uma norma positivada (misturando vigência com existência, partindo do conceito apresentado por Marcos Bernardes de Mello), Ross entende que a vigência envolve a regra ser efetiva na sociedade (misturando vigência com a eficácia, partindo da teoria da escada ponteana).

Já na obra de Marcos Bernardes de Mello, a vigência é caracterizada pela incidência, quer dizer, a possibilidade da norma de criar o fato jurídico, totalmente distante do trazido pelos positivistas do século XX.

CONCLUSÃO

Conforme explorado no presente artigo, Hans Kelsen, jurista considerado grande pensador do positivismo jurídico, que desenvolveu a Teoria Pura do Direito em que tentou aproximar a matéria da exatidão e da objetividade, visando justificá-la apenas com noções meramente jurídicas, entende que a vigência da norma jurídica se refere a sua existência.

Além disso, identifica que a validade de uma norma jurídica é fundamentada, sempre, pela validade de uma norma superior e, caso diferentes normas sejam fundamentadas pela mesma “norma fundamental”, fazem parte do mesmo ordenamento jurídico. Quanto a eficácia, Kelsen entende que para uma norma ser objetivamente válida, ela precisa ter um mínimo de eficácia.

Por outro lado, Alf Ross, autor do realismo escandinavo que buscou rejeitar a metafísica, utilizando a abordagem científica para tratar de fundamentos empíricos, aduz que o direito vigente se refere ao fato de que as normas jurídicas seriam acatadas de forma efetiva se sentidas socialmente como obrigatórias. Alega, ainda, que a vigência das normas é condicionada pela sua efetividade.

Quanto a validade, Ross identifica que a validade de uma norma jurídica deriva da norma superior que baseou sua criação. Neste ponto, ele diverge de Hans Kelsen por identificar que o conceito de uma norma fundamental traz a impressão de algo “a priori” o que rejeita por se aproximar com o ideal metafísico, dividindo, na verdade, entre normas de conduta e normas de consequência, que estabelecem parâmetros para as normas de conduta.

Ademais, afirma que a eficácia é um elemento fundamental para a validade, o que aproxima das conclusões de Kelsen, mas que, ao contrário do pensamento de seu antigo professor, a efetividade só pode ser buscada na aplicação do direito pelas decisões judiciais. Em suma, Ross não apresenta marcos distintivos entre vigência, eficácia e existência.

Nota-se que ambos os autores citados se afastam, em muito, do pensamento atual baseado na escala ponteana, registrado na obra de Marcos Bernardes de Mello, “Teoria do Fato Jurídico”, haja vista que para este é impossível logicamente confundir os planos da validade, eficácia e existência, além de terem definições totalmente diferentes deste autor.

Assim, percebe-se que os conceitos de validade e de eficácia, ao longo da história do direito, foram aperfeiçoados a fim de garantir maior aplicabilidade teórica para a norma jurídica, norteados, inclusive, questões práticas, a exemplo dos critérios de validade presentes no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, as contribuições positivistas de Hans Kelsen e Alf Ross para pensar o direito com foco na norma positivada influenciaram, em muito, o cenário do ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Contemporâneo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, 2002.
- COSTA E SILVA, Gabriela. Vigência, validade e eficácia da norma jurídica: uma análise comparativa entre as perspectivas estrutural, empírica, analítica e finalística do direito. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Brasília, v. 3, n. 1, jan/jun. 2017.
- DE LIMA, Daniela. Hans Kelsen: breve incursão biográfica e literária. *Âmbito Jurídico*, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-82/hans-kelsen-breve-incursao-biografica-e-literaria/>. Acesso em: 08 jun. 2024.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MELLO, Pedro César Ivo Trindade. A relação entre Eficácia e Validade das Normas Jurídicas: diálogo entre as Teorias de Alf Ross e Hans Kelsen. *In: CONPEDI/UFSC. (org.). A relação entre eficácia e validade das normas jurídicas: diálogo entre as Teorias de Alf Ross e Hans Kelsen*. 23. ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. T314.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. I.
- NOU, Bruno. A concepção de normas válidas na visão de Hans Kelsen e de Alf Ross. *JUS*. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44790/a-concepcao-de-normas-validas-na-visao-de-hans-kelsen-e-de-alf-ross/2>. Acesso em: 08 jun. 2024.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Considerações sobre os planos dos fatos jurídicos e a “substituição do fundamento do ato de vontade*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONEG/ Senado, 2020.
- PONTES, José Antonio Siqueira. Fundamentos para uma leitura crítica de Hans Kelsen no século XXI: em busca de um modelo kelseniano clássico. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v.110, 2016.

RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. Alf Ross e seu Realismo Jurídico: uma resenha crítica. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v.8, n.1, jan.-abr. 2016.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, São Paulo: Edipro, 2000.