

# RECONSTRUÇÃO DAS BASES DE FORMAÇÃO DO MONISMO JURÍDICO

## REBUILDING THE FOUNDATIONS OF LEGAL MONISM

Francisco Yrallyps Mota Chagas<sup>1</sup>

José Evandro Alencar Correia<sup>2</sup>

**Resumo:** A relação entre Estado e Direito foi desenvolvida a partir, especialmente, das revoluções burguesas, onde a proximidade entre as duas esferas se deu tal modo que falar em Estado e Direito de forma autônoma passou a ser algo destituído de sentido. A partir de tal contexto surgiu a nomenclatura, em diversos contextos históricos específicos, Estado de Direito. A análise de vários campos da realidade social mais ampla, como a área econômica e política estão intimamente ligadas esse processo jurídico. Reconhecer e delimitar as condições históricas específicas para o desenvolvimento do monismo jurídico é de suma importância para que tal teoria seja compreendida como fruto de um contexto histórico, não como uma teoria com pretensões de ser ahistórica ou dogmática. Na medida em que tais premissas são estabelecidas, no caso de eventuais mudanças no contexto específico que lhes dá sustentação é o possível cogitar mudanças também na configuração jurídica.

**Palavras-chave:** Estado. Direito. Estado de Direito. Monismo Jurídico.

**Abstract:** The relationship between the State and Law was developed from, especially, the bourgeois revolutions, where the proximity between the two spheres was made in such a way that speaking State and Law as autonomous forms became something meaningless. From this context the nomenclature came up, in several specific historical contexts, the Rule of Law. The analysis of various fields of broader social reality, as economic and political area are closely linked to this legal process. Recognize and define the specific historical conditions for the development of legal monism is of great importance for this theory to be understood as the result of a historical context, not as a theory with pretensions of being ahistorical or dogmatic. In so far that these assumptions are established, in the event of changes in the specific context that gives them support is also contemplate the case of legal changes in configuration. State.

**Key-words:** Law. State. Rule of Law. Legal Monism.

## INTRODUÇÃO

Como pensar e delimitar quais são as fontes do Direito? Existe tão somente um órgão, instituição, que é competente para a produção das normas jurídicas válidas ou é possível que outros órgãos possam produzir normas igualmente válidas para o mesmo espaço territorial? É possível delimitar, dentro de um arcabouço teórico e específico, com pretensão de se sobrepor e se atualizar de forma acrítica, mesmo diante da eventualidade de modificações sociais e estruturais do contexto que lhe subjaz? Ou será que a ideia de fontes do Direito é suscetível de modificações de acordo com as contingências históricas?

---

<sup>1</sup>Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC).  
Email: yrallypsmc@hotmail.com

<sup>2</sup>Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC).  
Email: evandrocorreia@hotmail.com

Tais questionamentos se encontram dentro de umas das mais relevantes e palpantes discussões da Teoria do Direito. Problemática que se arrasta, renasce, ressurgue de forma constante entre os juristas. O monismo jurídico é a concepção que advoga pela existência de tão somente um órgão, no caso o Estado, como o produtor de normas jurídicas. A relação entre Direito e Estado é de tal forma que faz parte do imaginário jurídico, tornando indissociável a relação entre essas duas esferas, com a formulação que é cristalizada na máxima “Estado de Direito”. Não haveria qualquer possibilidade de separar tais conceitos, chegando, em verdade, a ser pleonasma falar em Estado de Direito, uma vez que, só seria Direito, se fosse estatal.

Por trás da afirmação de que tão somente é Direito o produzido pelo Estado existe uma variedade de fatores históricos que contribuíram para que se chegasse a tal situação. O desenvolvimento do monismo jurídico deve ser compreendido a partir da superação das bases da perspectiva pluralista do contexto que lhe antecedia. Além disso, vários foram os teóricos que gradativamente desenvolveram concepções específicas sobre a estatalidade do direito, tendo como ponto alto as obras de Hans Kelsen.

A importância da identificação dos autores que contribuíram para o monismo jurídico, bem como do contexto histórico que tal proposta se enquadra, está relacionada ao fato de tornar possível a sua delimitação e identificação como um evento histórico, não sendo possível, dessa forma, ser compreendido como uma construção isolada, com uma pretensa objetividade, privada de valoração axiológica e contextualização histórica. Com esse enquadramento, é possível identificar as premissas e eventual modificação no contexto histórico que elas se enquadram.

O percurso escolhido para o desenvolvimento da doutrina do monismo jurídico se deu a partir de uma: (i) reconstrução das bases sociais que existiam no feudalismo e seu caráter pluralistas; (ii) o desenvolvimento do Estado de Direito, a partir da análise externa das histórias dos diferentes eventos que são característicos desse fenômeno; (iii) exame das contribuições teóricas que antecederam a formulação monista kelseniana e que levou a superação da dicotomia entre Estado e Direito; por fim (iv) análise da construção do ordenamento jurídico desenvolvida por Kelsen e como todo o Direito seria tão somente o Direito Estatal.

## **1 A CONSTRUÇÃO DO MONISMO JURÍDICO E A SUPERAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO**

A discussão entre as correntes monistas e pluralistas é uma das mais importantes da Teoria Geral do Direito, onde o debate gira em torno da questão atinente às fontes do Direito. Haveria um único órgão do qual derivam todas as fontes ou seria possível que mais de um órgão fosse visualizado como produtor de outras normas jurídicas?

A Teoria do Direito e a Teoria do Estado, com o desenvolvimento das bases essenciais do Estado Moderno estão em intersecção. Em virtude da confluência histórica dessas duas perspectivas teóricas, não é possível separar, sem prejuízos para adequada compreensão da temática, o momento histórico da construção do Estado Moderno contemporâneo, da construção que é feita em torno da Teoria do Direito (BOBBIO, 2006, p. 26).

A colocação do problema em torno da formação da sociedade moderna se dá justamente pelo fato de que a sociedade medieval, que antecedeu a contemporânea, era pluralista. Com o esfacelamento do Império Romano, o que se observou foi à formação e uma aplicação da legislação com base em critérios pessoais e com caráter pluralista. De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes: “De modo que, com todo o desenvolvimento do direito medieval, sobreviverá durante séculos a noção da possibilidade da existência simultânea, no mesmo território, de ordens jurídicas paralelas, aplicáveis a grupos de pessoas distintas.” (2011, p. 51)

A própria estrutura institucional deficitária e insuficiente da época impedia que um determinado grupo social tentasse consolidar o poder de forma que a tônica jurídica da época era o pluralismo jurídico (LOPES, 2011, p. 58). No sentido de que uma diversidade de grupamentos sociais conviviam e cada um tinha seu respectivo código jurídico. O direito não era produzido pelo Estado, mas, conforme Bobbio leciona, pela própria sociedade civil. A modificação do cenário pluralista para um cenário dominado pelo monismo jurídico, onde a única fonte do Direito é o produzido pelo Estado se deu, justamente, com a formação do Estado Moderno. Recorrendo as palavras do autor, assim pode ser compreendido:

Com a formação do Estado Moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. (2006, p. 27)

Bobbio afirma que, com a formação do Estado Moderno, a possibilidade do juiz, ou órgão que é competente para a resolução de litígios, escolher qualquer norma que achar conveniente é proibida, como outrora lhe era facultado, da mesma forma que outras normas da sociedade só passam a ter validade se forem autorizadas pelo Estado. Entretanto, no mesmo contexto, um importante aspecto é ressaltado por Bobbio. A definição do Direito que o autor desenvolve está vinculada a uma determinada situação histórica (2006, p. 29). Desde já é possível questionar se mudanças nas premissas históricas que dão sustentação a tal teoria não importariam em mudanças na própria concepção do direito.

Retomando a análise da sociedade medieval, Bobbio ressalta o caráter plural daquele momento histórico. A existência de uma diversidade de direitos e que poderiam ser igualmente aplicados em diferentes contextos. Existia o direito feudal, das corporações, estatutários e o do reino. Todos esses direitos, em tese, eram subordinados ao Direito Romano, mas foram gradativamente ganhando autonomia e a possibilidade de criar seu próprio direito, *jurisdictionem habentes* (2006, p. 31 – 32).

Outro ponto importante que é destacado por Bobbio é a relação que há entre a formação do Estado Absolutista e o seguinte processo de codificação com a afirmação do monismo jurídico como o único critério de validade e reconhecimento do direito (2006, p. 31).

Wolkmer caracteriza a sociedade feudal a partir de alguns traços básicos de cunho econômico e que refletiam também na estrutura jurídica daquela sociedade. Baseada na posse da terra e relações agrárias, a estrutura política e jurídica possui duas características específicas: descentralização administrativa, fragmentação ou pluralismo dos centros de decisão. Vale ressaltar que os aspectos políticos e sociais estavam intimamente relacionados com a estrutura jurídica se apresentava, implicando, assim, em um pluralismo jurídico (2001, p. 27 – 28).

O desenvolvimento das relações comerciais e a decadência da organização social feudal são fatores chaves para o desenvolvimento da doutrina do monismo jurídico. Essa mudança social e respectiva mudança jurídica, de acordo com Wolkmer, são frutos de um longo e multifacetado processo que pode ser visualizado e compreendido a partir de uma diversidade de fatores, mas que remontam, especialmente, ao desenvolvimento do capitalismo (2001, p. 30), uma vez que as inovações ocorriam no âmbito econômico demandavam uma nova estrutura política e jurídica já que as estruturas existentes na sociedade feudal não

conseguiram lidar com o grau de complexidade e as situações do capitalismo mercantil (2001, p. 34).

A doutrina liberal, de acordo com Wolkmer, foi extremamente adequada para os anseios de uma nova classe social e que almejava uma nova ideologia que tivesse condições de refletir a sua forma de compreensão de mundo, compatível com a ascensão da classe burguesa. Foram desenvolvidos como, base em uma matriz liberal, vários núcleos com especificidades políticas, jurídicas e econômicas. Atuando também como bandeira revolucionária para a superação das bases do Estado Absoluto (2001, p. 38 – 39).

Dessa forma, com a burguesia em pleno desenvolvimento, pautada em uma filosofia individualista, construiu-se um arcabouço que atingia várias de áreas da sociedade, tal doutrina não tardou a alcançar também as estruturas jurídicas. O tipo jurídico específico que era adequada a tal conjectura política da economia capitalista era, nas palavras de Wolkmer:

Uma vez configurados os primórdios da sociedade moderna europeia no contexto da economia capitalista, da hegemonia social burguesa e dos fundamentos ideológicos-filosóficos liberal-individualista, ver-se-á que tipo de estrutura político-institucional reproduziu e assegurou a especificidade desses novos interesses. Trata-se da moderna organização estatal de poder, revestida pelo monopólio da força soberana, da centralização, da secularização e da burocracia administrativa (2001, p. 40).

Nesse contexto, a formação do Estado Moderno trouxe importantes consequências tanto para a Teoria do Direito quanto para a Teoria do Estado. Não seria o caso de, nesse momento, reconstruir especificamente as bases da formação do Estado Moderno contemporâneo a partir da Teoria do Estado e os seus principais nomes. O longo processo de secularização, iniciado por nomes como Guilherme de Occam e Marsílio de Pádua (GOYARD-FABRE, 1999, p. 5-8), influenciando nos primeiros passos da separação entre Estado e Igreja, não obstante os mesmos não possam ser considerados em si modernos, mas sim autores que contribuíram de forma significativa nas próximas fases dessa transição (GOYARD-FABRE, 1999, p. 10). Ou o papel de Maquiavel, o primeiro a fincar os pés na modernidade, sendo o fundador da moderna filosofia política (GOYARD-FABRE, 1999, p. 14 – 15). A consolidação do poder soberano, do ponto de vista interno (KRILE, 2009, p. 67 – 69) e externo (KRILE, 2009, p. 95 – 105) a partir de uma gama de eventos históricos específicos, como a Noite de São Bartolomeu e a Guerra os Trinta anos que culminou nos tratados de Westfália. Além do significativo e decisivo papel de Hobbes nesse processo<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> O papel de Hobbes tem dupla importância, atuando tanto na formação do Estado quanto no monismo jurídico em si. Desse modo, será analisado mais a frente algumas nuances do seu papel para a Teoria Jurídica.

(GOYARD-FABRE, 1999, p. 27 – 34). Entretanto, não é possível ser totalmente taxativo ao delimitar quais são os eventos específicos para a formação do Estado Moderno (REALE, 2000, p. 41). De acordo com Wolkmer:

Parece claro, por conseguinte, que ao lado das concepções teóricas de Maquiavel, Bodin e, sobretudo, Hobbes – de inegável influência na formulação do Estado ocidental -, há sempre que reconhecer as condições históricas materiais e as mudanças estruturas favoráveis à solidificação do “*novo ethos*”. Somente a partir desta abrangência é que corretamente se configura a dinâmica da formação de uma instância unitária, soberana e centralizada, processo que, na verdade, começou entre os séculos XIII e XIV e se estendeu até fins do século XVIII, expressando a combinação de fatores internos e externos das formações sociais ocidentais, bem como o impacto de profundas transformações estruturas, de natureza sócio-econômica, político-jurídica e ético-cultural (2001, p. 42).

A confluência que há entre formação da modernidade, interesses liberais, Estado Absolutista são campos que se interconectam para o desenvolvimento do monismo jurídico, que tem como premissa inicial justamente a superação das bases que a sociedade feudal era assentada. Esse cenário é desenvolvido com ascensão do soberano em relação a estrutura feudal, para posteriormente ocorrer a modificação e limitação dos poderes do soberano e desenvolvimento do Estado Constitucional, tendo especial papel da lei

## **2. O ESTADO DE DIREITO COMO CONTINUAÇÃO DA MODERNIDADE**

Compreender adequadamente a formação do Estado de Direito pode ser um trabalho duplamente árduo, quiçá impossível, tendo em vista a conjugação de dois termos (Estado e Direito) que fazem parte da filosofia política e jurídica de longa data, mas que não possuem uma base consensual, que dirá, então, juntá-los e a partir disso buscar um conceito. Danilo Zolo faz o alerta para os significativos obstáculos da tentativa de definição desse termo e propõe que as bases epistemológicas para uma adequada compreensão do Estado de Direito ocorra por meio dos elementos conexos da história externa das experiências que exemplificam o Estado de Direito (2006, p. 7 – 9).

A partir do momento em que é possível compreender, conectar, os diversos elementos externos que moldaram a construção do Estado de Direito nas variadas experiências históricas, seria possível aproximar e identificar os traços essenciais desse instituto. As quatro experiências históricas que Danilo Zolo destaca para a formação do Estado de Direito são: 1) *Rechtsstaat* alemão; 2) *Rule of Law* inglês; 3) *Rule of law* na versão americana; e 4) *État de droit* francês (2006, p. 11).

Deve ser feita a ressalva que Danilo Zolo não desconhece nem ignora as particularidades que cada um desses eventos históricos possui (2006, p. 26 - 27), ressalta, especialmente, que as diferenças giram em torno de quem deve ser o soberano, quais os mecanismos de diferenciação e às formas possíveis para a proteção dos direitos outorgados (2006, p. 30), mas, por outro lado, analisando os pressupostos filosóficos-políticos e às referências de valor, afirma que as diversidades atenuam-se fortemente, chegam ao ponto de desaparecerem por completo. De acordo com Danilo Zolo:

É com base nessas premissas que a complexidade da “história externa” do Estado de Direito pode ser legitimamente reduzida no plano teórico. E torna-se assim plausível recompor a diversidade das experiências históricas em um quadro teórico coerente e unitário, capaz de fornecer uma identidade conceitual e precisa à noção de “Estado de Direito” (2006, p. 31).

O autor continua sua análise afirmando que o Estado de Direito é fruto de um processo evolutivo que tem por intuito dois princípios específicos: princípio da difusão e da diferenciação. O primeiro está relacionado a um processo que objetiva limitar, diluir, o poder do Estado e, desse modo, ampliar as liberdades individuais, enquanto o segundo tem por objetivo diferenciar o poder do Estado de outras instâncias de poder, seja religiosa ou econômica (2006, p. 31 - 32).

A sociedade moderna que se desenvolvia tinha razões suficientes para desconfiar e ser pessimista em relação ao poder soberano. Ou seja, no que diz respeito à filosofia política, importa em uma superação das bases atinentes às perspectivas organicistas, que remontam a obra de Aristóteles e que eram trabalhadas por São Tomás de Aquino, que analisavam a relação entre indivíduo e sociedade a partir da submissão daquele a este, consubstanciado na ideia de dever para com a pólis. A marca da sociedade passou a ser o individualismo e a desconfiança em relação ao poder político. Por outro lado, os indivíduos também passaram a nutrir especial esperança em relação à capacidade da norma para limitar o poder soberano e proteger as liberdades individuais (2006, p. 33 - 34).

Nesse contexto, a paradoxal e necessária relação entre direito e poder surge como forma para garantir a liberdade individual das pessoas. O poder é necessário e ao mesmo tempo um obstáculo para a liberdade. A necessidade pode ser observada na medida em que é importante um aparato específico que possa identificar, bem como contestar e reprimir outros poderes paralelos que existem na sociedade. Por outro lado, o aspecto nefasto, que é a possibilidade do abuso de poder, tenta ser mitigado com normas jurídicas que limitam os casos para o uso da força. Ocorre desse modo, a transformação da força bruta, para força

jurídica. A relação entre poder e direito pode ser compreendida de tal forma, nas palavras de Eduardo Bittar e Guilherme Almeida:

Quando se está a pensar no Direito como um sistema coercitivo de manutenção da ordem social, já aí se pode detectar a presença notória do poder, que parece ser o ingrediente fundamental para a formação das estruturas jurídicas, ainda que mascarado ou suavizado sob o manto da racionalidade na norma jurídica. Enfim, o poder normativo é um poder que veio substituir o poder violento, uma vez que, ao menos, procura-se mascarar a dominação em atitudes controlas e que demanda, de qualquer forma, decisões sociais (2005, p. 514).

Não obstante o Direito não possa ser reduzido tão somente à força, aquele, em alguma medida, necessita de um aparato que possa usar a coerção e fazer valer suas disposições para a organização social.

Em relação dois pontos específicos que já foram alvos de consideração, Danilo Zolo aprofunda eles posteriormente. Difusão e diferenciação do poder. A difusão do poder jurídico ocorre por meio processo que atribui faculdades e poderes aos sujeitos individuais, por meio de vários institutos básicos que são necessários para o funcionamento do Estado de Direito. Danilo Zolo desenvolve o conceito de difusão do poder em quatro institutos que são essenciais para a configuração do Estado de Direito, tais institutos são: 1) unidade e individualidade do sujeito de direito; 2) igualdade jurídica dos sujeitos individuais; 3) a certeza do direito; e 4) o reconhecimento constitucional dos direitos subjetivos (2006, p. 36 – 43).

Já em relação à diferenciação do poder, a compreensão adequada ocorre por duas vias, diferenciação interna e externa. Esses dois aspectos essenciais são: 1) diferenciação do subsistema político-jurídico em relação a outras estruturas da sociedade (poder religioso, poder econômico); 2) diferenciação interna em relação às funções que são exercidas dentro do poder, aspecto relacionado à divisão dos poderes, ou funções (2006, p. 43).

As experiências históricas específicas corroboram o processo de superação das bases feudais e do estado absolutista, bem como o fato de que abre a estrada pela qual caminhava a humanidade deveria ser baseada em uma diferente concepção de Estado e Direito. Os contextos social e econômico clamavam pela queda dessa realidade e a construção de uma nova que pudesse lidar com a complexidade do momento. Com o Direito não poderia ser diferente. A realidade jurídica da estrutura feudal de caráter plural, fragmentada não era suficiente para lidar as aspirações de certeza e previsibilidade que eram de fundamental importância para o momento. Bem como o Estado absolutista também se apresentava como uma estrutura opressora. O benefício da segurança e previsibilidade teria que ser

compatibilizado com a preservação das liberdades individuais e determinados direitos. A estrutura jurídica e política precisavam ser modificadas.

O ponto essencial envolve a certeza ou previsibilidade do Direito. Todo um aparato foi desenvolvido, construído para que a Teoria do Direito pudesse analisar a conjectura histórica e ter a ilusão que esse contexto na história da humanidade, poderia ser interpretado e ampliado como a verdadeira e pura configuração do Direito, fruto de uma estrutura eminentemente lógica. Tão somente o Direito produzido pelo Estado poderia ser válido. Cumprindo, desse modo, uma dupla função: a) garantir a segurança jurídica; b) limitar o soberano. As fontes do Direito foram reduzidas e a realidade circunstancial foi elevada a uma categoria dogmática.

### **3. OS CAMINHOS DA FILOSOFIA POLÍTICA E JURÍDICA ATÉ KELSEN**

Raimundo Bezerra Falcão ressalta a imensa contribuição de Kelsen para uma diversidade de áreas do direito e isso faz com que, mesmo em eventual discordância com o autor da Teoria Pura do Direito, não é permitido aos estudiosos do Direito desconhecê-lo (2014, p. 162).

Em relação ao monismo jurídico, não obstante o Kelsen ser provavelmente o maior expositor sobre o tema, realizando o maior desenvolvimento, outros autores ajudaram a pavimentar o caminho para que a relação entre Estado e Direito fosse elevada a categoria de pedestal da Teoria do Direito por suas mãos. Dessa forma, a melhor abordagem é conhecer e identificar os autores e eventos que antecederam a formulação de Kelsen.

Simone Goyard-Fabre afirma que o positivismo jurídico pode ser compreendido como uma postura metodológica e é possível sim identificar os antecedentes dessa trama filosófica. De forma indissociável ao positivismo temos o monismo jurídico, relacionado ao que a autora designa como uma concepção estatista e centralizadora do direito (2002, p. 72 – 73).

O desenvolvimento do monismo jurídico estatal, de acordo com Wolkmer, possuiu quatro grandes ciclos específicos: formação, sistematização, apogeu e crise do paradigma. O primeiro ciclo está associado:

[...] representa a própria formação do monismo jurídico, irrompe ao longo de uma confluência histórica associada ao Estado absolutista, ao Capitalismo mercantil, ao fortalecimento do poder aristocrático e ao declínio da Igreja e do pluralismo corporativista medieval (2001, p. 49).

O segundo ciclo, por sua vez, representa a superação das bases em que foi desenvolvido o primeiro, no sentido de que não seria permitido ao poder ser exercido tão somente em função do soberano, a partir de sua legitimação de cunho divino ou até mesmo nas bases racionalistas que foram desenvolvidas posteriormente, mas era necessário que o Estado não atrapalhasse o desenvolvimento das relações econômicas da época.

No primeiro momento, pode se observar as bases de um jusnaturalismo racionalista a serviço do ideal burguês com o intuito de quebrar o antigo regime. Por outro lado, não é adequado manter tais bases em um segundo momento, uma vez que coloca em risco a manutenção da ordem após a superação do antigo regime. Tal momento tem como exemplo característico a Revolução Francesa. Com as revoluções burguesas, as organizações corporativas são vedadas e é iniciado um gradativo processo de formação de uma estrutura burocrática apta para produção de normas (Conselho de Estado) e foram possíveis as codificações que albergavam o desejo de segurança e estabilidade do capitalismo concorrencial (WOLKMER, 2001, p. 51 - 56). O aspecto essencial que ocorreu nesse ciclo é o desenvolvimento da dogmática jurídica e a total redução do Direito ao Direito Estatal. Nas palavras de Wolkmer:

Deveras, neste segundo “ciclo”, corresponde à sistematização dogmática do monismo jurídico, é perceptível a gradativa postulação e redução do Direito Estatal ao Direito Positivo; consagra-se a exegese de que todo o Direito não só é Direito enquanto produção do Estado, mas, sobretudo, de que somente o Direito Positivo é verdadeiramente Direito. É nesta direção da positividade do Direito Estatal que se pode inserir a contribuição de determinados juristas, como John Austin e Rudolf von Jhering (2001, p. 55) .

O projeto desenvolvido por Hobbes em relação ao soberano não foi abandonado pelos teóricos da modernidade. Ele foi modificado. O soberano não é mais o rei, mas a nação (REALE, 2000, p. 226). O Direito ainda é fundamentado e estruturado a partir do pressuposto que é necessária uma estrutura hierarquizada e que detenha o exercício da soberania para garantir a validade dos seus mandamentos. O Estado, como detentor do uso da força, é consequentemente o único produtor de normas jurídicas válidas, uma vez que este é o soberano.

A terceira fase do monismo jurídico é justamente o desenvolvimento de uma perspectiva que se propõe a atuar de forma científica em relação à compreensão do fenômeno jurídico e tem ampla reprodução especialmente no século XX e é representada, dentre outros autores, por Hans Kelsen e suas formulações em relação à Teoria Pura do Direito (WOLKMER, 2001, p. 56 – 57).

O monismo jurídico pode ser compreendido a partir de uma diversidade de teorias e vários são os autores que utilizam uma determinada argumentação para justificar tal postura. De acordo com Miguel Reale, seria possível identificar um núcleo essencial para essas diversas posições, recorrendo às palavras do autor:

Juristas há que identificam Direito e Direito positivo estatal e daí concluem que o Direito é criação do Estado e que, por conseguinte, a soberania é um poder absoluto que só respeita os limites que ela traça a si mesma. Esse é o núcleo de uma teoria que apresenta muitas variantes, havendo sempre os que procuram atenuar as conclusões demasiado rígida dos sistemas (2000, p. 220).

O primeiro autor a efetuar a redução do Direito a tão somente o que é produzido pelo Estado foi Hobbes. As considerações de Hobbes em torno do monarca como o único detentor da soberania tinha como consequência lógica que tão somente a ele caberia à produção das normas, pois era necessária uma força que tivesse condições de fazer valer as suas disposições e tal força era o soberano. Mais uma vez recorrendo às palavras de Miguel Reale:

É em Hobbes, porém, que se devem procurar os primeiros elementos da doutrina que reduziu o Direito ao Direito Positivo e, mais ainda, o Direito a uma criação do Estado, pois “o direito é criado pelo soberano, e tudo o que é feito por tal poder está autorizado e admitido por cada um do povo” (2000, p. 222)

A construção teórica de Rousseau não diverge totalmente da estabelecida por Hobbes quanto à existência de um soberano, diverge em relação a quem é o soberano. De acordo com Miguel Reale, sobre Rousseau, o único soberano é o povo, que se expressa por meio da vontade geral (2000, p. 225).

A análise que Miguel Reale faz da obra de Rousseau é no sentido de que, não obstante partindo de premissas diferentes, chega à mesma conclusão de Hobbes quanto à redução da lei a tão somente o que é produzido pelo Estado. Apresenta uma cadeia de fatos que podem ser extraídas do pensamento de Rousseau. O Direito seria a lei, que, por sua vez, é fruto da vontade geral, verdadeira força soberana, esta é fruto do poder que se autogoverna (Estado). Assim, para Miguel Reale, Rousseau opera uma redução do Direito ao Estado, tal qual Hobbes, mas com premissas diferentes (2000, p. 226).

Miguel Reale também apresenta as posições de Kant e Hegel em relação à formação o pensamento filosófico sobre a estatalidade do Direito (2000, p. 227 – 231). Ressalta que é importante saber localizar a tradição da teoria política e filosófica sobre tal temática, mas que também é de suma importância saber que Kelsen é fruto de um complexo e gradativo desenvolvimento de vários pensamentos de jusfilósofos em relação a tal temática e

que possui como expositores as figuras de Jhering, Austin<sup>4</sup>, Jellinek até chegar, então, a figura de Hans Kelsen (REALE, 2000, p. 227 – 231).

Além desses que são tradicionalmente apresentados pelos estudiosos da obra de Kelsen, outros dois são mencionados pelo próprio Kelsen: Carl Friedrich von Gerber e Paul Laband, além do já citado Georg Jellinek, como destaca Arnaldo Vasconcelos (2010, p. 46 – 47). Entretanto, não é o caso de tratar especificamente da contribuição de cada um desses autores, ou as divergências que o próprio Kelsen tinha em relação à influência desses autores, em especial Laband, uma vez que o Mestre de Viena chega ao ponto de afirmar que a Teoria Pura é uma reação ao labandismo (VASCONCELOS, 2010, p. 48).

Nas palavras de Simone Goyard-Fabre é possível ter uma síntese desse amplo e diversificado processo que teve como base uma filosofia do direito e do estado ampla:

[...] o positivismo legal apresenta-se como uma dos maiores trunfos do Estado moderno e costuma ser apresentado pelos autores como uma aquisição definitiva da ciência do direito. Por influência da racionalidade cuja lógica intrínseca tende para a sistematização da ordem jurídica, a natureza do direito acaba se confundindo com a forma estatutária da lei. Desse princípio decorrem todas as características do positivismo: o estatismo centralizador, a organização dedutivista do direito e, portanto, a coerência do aparelho jurídico, a separação entre legalidade jurídica e legalidade moral, a autonomização do direito que deve evitar, em seu formalismo, qualquer referência a um horizonte de valor (2002, p. 76).

A doutrina jurídica que é desenvolvida nesse momento reduz todos os fatos à tão somente fatos jurídicos se forem devidamente chancelados pelo direito estatal. Ocorre uma cisão entre indivíduo e sujeito de direito. A pessoa humana existe, mas o proprietário, o locador, réu, comerciante, só passam a ter o qualificado jurídico quando a ordem jurídica em si os dota de tais atributos, não existe a constituição apriorística dessa condição jurídica que não advenham do próprio direito positivo e do Estado. Tão somente o selo que é colocado pelo Estado nas relações sociais é que possui o condão de torná-las jurídicas (GOYARD,-FABRE, 2002, p. 88 – 90).

A partir desse momento, as considerações que seguem estão atreladas especialmente ao desenvolvimento do mestre de Viena e seus comentadores sobre o Direito, o Ordenamento Jurídico e como a partir dessa perspectiva o monismo jurídico deve ser compreendido.

---

<sup>4</sup> Arnaldo Vasconcelos destaca que a proximidade da teoria de Kelsen com a desenvolvida por John Austin se deve, especialmente, a pureza metodológica que se propõe tanto seu projeto quanto o ícone da jurisprudência analítica John Austin. Não obstante o próprio Kelsen também tratar de apontar as distinções da sua teoria com a desenvolvida por Austin em si. (VASCONCELOS, Arnaldo, 2010, p. 51).

#### 4. MONISMO JURÍDICO NA TEORIA DO DIREITO DE HANS KELSEN

O pensamento de Kelsen tem importância ímpar para a Teoria do Direito. A teoria do mestre de Viena deve ser compreendida a partir de suas contribuições para identificar a norma jurídica dentro do contexto do ordenamento jurídico, bem como, até mesmo pelos pontos em que o Kelsen é criticado e rebatido, tais fatos contribuem para o crescimento e desenvolvimento do Direito.

A tradicional questão apresentada não somente por Kelsen, mas por outros autores, a partir da seguinte indagação: o que faz com que a execução determinada por um juiz não seja compreendida como um homicídio? (2009, p. 4) A resposta que Kelsen está relacionada à diferença entre sentido subjetivo e objetivo que a norma jurídica possui. Logo nas primeiras páginas da Teoria Pura do Direito Kelsen tenta estabelecer tal distinção. Utiliza outro exemplo para tentar dar suporte a tal distinção. Qual seria a diferença entre um ladrão que pede o dinheiro de uma pessoa e um fiscal da receita que recolhe tributo? De acordo com Kelsen a diferença reside no fato de que a norma que determina o pagamento do tributo tem como suporte um sentido objetivo que advém de outra norma jurídica em si, enquanto a do ladrão não tem o mesmo suporte (2009, p. 9).

Uma análise inicial dessa estrutura de autorizações que apresentada por Kelsen já permite o desenvolvimento de uma imagem que remete a uma estrutura piramidal e a importância do ordenamento jurídico.

A Teoria do Direito, de acordo com Norberto Bobbio, não consegue dar uma definição do que é Direito tão somente a partir da análise da norma em si, é necessário avançar na análise da norma jurídica e adentrar no ordenamento jurídico<sup>5</sup>. As diversas concepções em torno da norma jurídica implicam em sérias dificuldades para a Teoria do Direito, se não for analisada a partir dessa cadeia sucessiva, chegando, de acordo com Bobbio a um:

[...] beco sem saída, ou remetiam àquele fenômeno mais complexo da organização de um sistema de regras de conduta, em que consiste precisamente o ordenamento jurídico, e, portanto, levavam a um caminho livre, mas era o caminho que desembocava no reconhecimento da relevância do ordenamento para a compreensão do fenômeno jurídico (2010, p. 188).

---

<sup>5</sup> Arnaldo Vasconcelos aponta que, de acordo com Kelsen, não seria possível a construção de uma Teoria Geral do Direito sem que houvesse também o desenvolvimento de uma Teoria do Ordenamento jurídico em si, sendo este fator um dos motivos para a divergência com a jurisprudência analítica, não obstante que existisse outras afinidades. (VASCONCELOS, 2010, p. 52)

Os diversos critérios apresentados por Bobbio (formal, material, do sujeito que põe a norma, do sujeito a quem se destina a norma) são todos insuficientes para uma definição exata da norma jurídica (2010, p. 189 – 192). A solução apresentada por Bobbio para a questão de identificar a norma jurídica é por meio de uma externalização do problema da norma e que remete tal problema para o ordenamento jurídico. Os teóricos do Direito precisam deixar a análise da norma singular e passar a considerar de forma mais ampla a questão, a partir da ótica do ordenamento jurídico (2010, p. 193).

Uma serie de dificuldades que existem no âmbito de análise da norma para a definição do direito, quando transplantadas para o a teoria do ordenamento jurídico passam a ter uma resposta satisfatória.

A definição da norma em torno da sanção, que excluiria o caráter jurídico a certas normas, quando levada ao âmbito do ordenamento, tem como resposta que o ordenamento como um todo, ou a maioria de suas normas, deve ter aspecto sancionador, mas não necessariamente todas. A questão da eficácia das normas também é adequadamente respondida pela teoria do ordenamento. O prisma da análise não deve ser as normas especificamente, mas a eficácia geral do ordenamento jurídico. Ou seja, a ineficácia de normas jurídicas de forma pontual não implica em prejuízo para o todo, desde que o ordenamento jurídico tenha eficácia geral (BOBBIO, 2010, p. 194 – 195).

O Ordenamento Jurídico, na mais simples e inicial definição apresentada por Bobbio, é um conjunto de normas. Que possui não somente normas de conduta, mas também normas de estrutura ou de competência. Existem normas que definem como as pessoas devem se portar, bem como normas que definem os próprios critérios para que outras normas sejam validamente produzidas (2010, p. 198 – 199).

Não obstante no âmbito da Teoria do Ordenamento ser possível elaborar respostas mais satisfatórias do que as desenvolvidas dentro da Teoria da Norma para uma diversidade de questões, não implica que a discussão e os problemas cessem. A problemática é levada para outro nível, a questão passa a ser: “O que é o ordenamento jurídico?” (BOBBIO, 2010, p. 195). Esse questionamento traz em si várias peculiaridades, questões e problemas. As questões básicas que estão vinculadas ao ordenamento jurídico, de acordo com Bobbio, são: 1) a unidade do ordenamento; 2) coerência; 3) completude; e 4) a relação entre os diversos ordenamentos jurídicos (2010, p. 199).

O Estado de Direito precisa estabelecer não somente as normas que devem reger os comportamentos na sociedade, mas também quais são os critérios para afirmar que uma ou outra norma é válida, precisa legislar sobre o próprio processo de formação das normas

jurídicas. Como afirma Bobbio, as normas jurídicas: “regulam o modo de regular” (2010, p. 208).

A discussão em relação às fontes do direito está relacionada à unidade do ordenamento jurídico. O monismo jurídico está intimamente ligado a essa ponto, uma vez que várias fontes do direito só recebem o cunho jurídico na medida em que são chanceladas pelo Estado. Bobbio afirma que o Estado por vezes delega e recepciona normas que são produzidas pela sociedade, bem como reconhecem normas que são produzidas pelos particulares no âmbito da autonomia privada, mas que tal ponto não guarda qualquer contradição com a ideia de uma única fonte produtora do direito (2010, p. 202 – 204).

A questão que surge e que reafirma a postura monista é o fato de que tais normas não são jurídicas por si só, mas pelo fato de que o Estado reconhece a elas o status jurídico. Mesmo que possam ser vistas como fontes indiretas de regulamentação jurídica, tais fontes remetem a um único e mesmo órgão: o Estado.

Bobbio afirma que a diversidade de normas não exclui a unidade do ordenamento jurídico e, desse modo, apresenta a clássica construção gradual do ordenamento jurídico, que remete a clássica obra de Kelsen (2010, p. 211).

A construção do ordenamento jurídico de forma gradual torna possível que mesmo uma estrutura complexa e diversificada de normas jurídicas possa ser visualizada com um caráter unitário. Recorrendo as palavras de Bobbio:

Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito em um ordenamento complexo, esse ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com percursos mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem remontar a uma única norma (2010, p. 212).

O critério utilizado para definir se uma norma é ou não jurídica é a pertinência em relação ao ordenamento jurídico. Deve ser levado em consideração se a norma específica está relacionada a um determinado nível das estruturas do ordenamento jurídico, só assim norma pode receber a qualificação de jurídica. Se essa norma retira seu fundamento de validade a partir de outra norma (BOBBIO, 2010, p. 230). Tal questão remete justamente ao sentido objetivo da norma.

A construção do mestre de Viena ocorre por meio de uma diversidade de escritos que se desenvolvem e são aperfeiçoados na medida em que as críticas lhes são desferidas. O papel de Kelsen pode ser visualizado também a partir dos importantes questionamentos que ele trouxe para a Teoria do Direito e que tentou responder. Nas palavras do Kelsen a situação do fundamento e da unidade do direito é posta da seguinte forma:

O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? (2009, p. 215)

A estrutura que é desenvolvida por Kelsen parte do pressuposto de que uma norma é fundamentada a partir de uma norma, caracterizando uma relação de premissa maior com premissa menor. Quase todas as normas podem ser reduzidas a tal esquema. Uma norma, desse modo, é válida na medida em que é autorizada por outra norma. Até mesmo casos como as normas religiosas, estabelecidas por Deus, por exemplo, derivam de uma norma implícita: “Obedeça a Deus”. A única norma que não estaria sujeita a tal questionamento e que é necessária para evitar o regresso ao infinito, atuando como fechamento do sistema normativo, é a norma fundamental, que é pressuposto do sistema, garantindo sua unidade, coerência e o caráter monista do ordenamento jurídico (KELSEN, 2009, p. 216 – 217).

Kelsen afirma que é possível observar dois princípios específicos de sistemas jurídicos para fundamentar as normas. Um de cunho estático e outro dinâmico. O estático presume a validade de uma norma a partir de um processo de conclusão do geral para o particular. Traz como exemplo uma norma que dispõe que devemos ter o dever para com a veracidade ou o dever de amor ao próximo. A partir dela outras normas surgem logicamente. Não se deve mentir, devem ser cumpridos os compromissos ou que é devido ajudar os pobres, não matar outras pessoas, as pessoas devem ser tratadas com cordialidade etc. É um sistema que, de acordo com Kelsen, é insustentável (2009, p. 218 – 219).

Já as normas fundamentadas a partir de um princípio dinâmico, recorrendo diretamente a Kelsen:

[...] é caracterizado pelo fato de que a norma fundamental não tem por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental (2009, p. 219).

O fundamento de validade de uma norma jurídica, que só pode ter cunho dinâmico, de acordo com Kelsen, é tão somente a possibilidade de ser reconduzida a uma determinada norma e assim por diante até chegar à norma fundamental (2009, p. 221).

Na seguinte passagem é possível observar a relação que impossibilita a diferença entre Estado e Direito, que fundamenta todas as outras normas existentes na ordem jurídica:

Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma

fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental. Nas páginas que seguem começaremos por considerar *apenas a ordem jurídica estatal*, quer dizer, uma ordem jurídica cuja validade é limitada a um determinado espaço, o chamado território do Estado, e é tida como soberana, quer dizer, como não subordinada a qualquer ordem jurídica superior (2009, p. 222). (grifo nosso)

Em várias passagens, Kelsen reduz a norma jurídica tão somente à norma estatal (2009, p. 258 – 260). Toda a estrutura das normas produzidas pelo ordenamento jurídico internacional quer as normas sejam válidas tão somente pela incorporação pelo Estado, quer as normas do Direito Internacional passem a ser o fundamento de validade das normas estatais, onde a discussão sobre a norma fundamental é elevada a discussão sobre as normas internacionais. Nos dois cenários, existe tão somente um único fundamento de validade das normas (2009, p. 239 – 242).

A concepção desenvolvida por Kelsen aceita os três elementos tradicionais que são utilizados para caracterizar o Estado: povo, território e soberania (2009, p. 318). Kelsen afirma que todos esses elementos são definidos pelo Direito em si, além desses, o próprio “nascimento” do Estado também é uma questão jurídica (2009, p. 318 – 321), fazendo, desse modo, que ocorra uma total coincidência entre Estado e Direito, eliminando a problemática e a discussão dos autores que lhe antecederam.

As primeiras reações a essa abordagem de Kelsen foram desenvolvidas, postulando uma separação entre Estado e Direito. O mestre de Viena posteriormente apresenta rapidamente tais críticas e afirmou que tal dualismo é insustentável. De acordo com Kelsen:

Contudo, esse dualismo é teoricamente indefensável. O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica, não mais do que a corporação é distinta de sua ordem constitutiva. Uma quantidade de indivíduos forma uma comunidade apenas porque uma ordem normativa regulamente sua conduta recíproca (2005, p. 263).

Com essas considerações é possível compreender como uma série de fatos inter-relacionados culminaram no monismo jurídico da Teoria Pura do Direito. O último ponto que será trabalhado é o melhor esclarecimento sobre o que é o toque de Midas dentro da Teoria Pura do Direito e como tal aspecto corrobora a concepção do monismo jurídico.

É possível arguir uma diversidade de outras estruturas jurídicas que, em tese, se desenvolvem independentemente do Estado, fruto da própria sociedade. Como os grupos marginalizados que produzem seu próprio direito, estatutos de organizações, contratos. Diversos campos que se desenvolvem de forma espontânea e sem a chancela necessária do Estado. Mas, de acordo com a refinada lógica de Kelsen, tais estruturas da sociedade são

todas jurídicas pelo fato de que o Estado de Direito simplesmente as autoriza, ou seja, permite que elas possam existir na sociedade. O Estado traz para si a possibilidade de que elas se regulem, ou, em certos casos, o Estado é simplesmente insuficiente, como no caso das comunidades paralelas, sem que isso importe em juridicidade daquelas áreas, mas sim em ausência do Estado. A sociedade é plural, mas com sua validade que remete a mesma estrutura jurídica: o Estado. É possível visualizar a unidade na pluralidade de ordenamentos e regulamentações.

O Direito, tal qual o Rei Midas, que tudo que toca vira ouro, por seu turno, tudo que toca vira jurídico. Todas as relações da sociedade remetem ao aspecto do autorramento por parte do Estado, ou, em certos casos, a simplesmente a possibilidade da livre atuação dos particulares, hipótese chancelada pelo Estado, ou, ao final, a insuficiência do Estado, situação patológica, mas que não implica em juridicidade de tais áreas, mas uma situação passageira que tende a ser superada com o desenvolvimento e fortalecimento do Estado.

## **5 CONCLUSÃO**

A teoria do monismo jurídico pode ser compreendida a partir de uma diversidade fatores. É um fruto de conquistas gradativas e batalhas que foram sendo travas nos mais diversos campos. Faz parte de uma das mais refinadas contribuições que a Teoria Jurídica teve nos últimos anos e permitiu de diversas formas o amadurecimento do direito, seja pelas suas proposições em si, seja a partir do estímulo para que seus opositores pensassem em fórmulas para refutar suas proposições.

O importante fato que deve ser ressaltado ao término do presente trabalho é o caráter eminentemente histórico e conjectural do desenvolvimento do monismo jurídico. É fruto de uma diversidade de fatores e suscetível de modificações se as conjecturas estruturais da sociedade que lhe deu suporte forem alteradas. Não é possível alçar o monismo ou qualquer postura que se pretenda científica a uma condição dogmática, uma vez que isso é a própria negação do espírito científico.

A adequada localização das bases filosóficas, sociais e políticas que impulsionaram o monismo jurídico devem servir como guia para o questionamento até que medida ainda é possível observar a sociedade a partir dessa construção. Será que não existem outras forças que compartilha com o Estado a soberania de outrora? Outras fontes jurídicas não estariam sendo desenvolvidas na sociedade independentemente do Estado? O mais importante é saber reconhecer as premissas e ficar atento para as modificações no futuro.

Tentar pensar a realidade em que tais teorias se desenvolveram e não adotar uma postura de dogmatismo e preciosismo e, se for o caso, repensar a ideia de fontes do direito. Mas sim tentar lidar com a problemática da construção de uma nova base epistemológica para o direito.

## **REFERÊNCIAS**

BITTAR, Eduardo C. B, ALMEIDA, Guilherme. **Curso de Filosofia do Direito**, 4ª ed. São Paulo, Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**, 3ª ed. Tradução Denise Agostinetti, revisão Silvana Cobucci Leite, São Paulo, Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Positivismo Jurídico: Lições de filosofia de Direito**, Ícone, Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, 2006

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo, Malheiros, 2014.

GOYARD-FABRE. Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno**. Martins Fontes, São Paulo, 1999.

\_\_\_\_\_. Simone. **Fundamentos da Ordem Jurídica**. Tradução: Claudia Berliner. Revisão da tradução: Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. Tradução Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

KRILE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado: Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático**. Tradução: Urbano Carvelli, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. 3ª ed, 3ª reimpressão, São Paulo, Atlas, 2011

REALE, Miguel, **Teoria do Estado e do Direito**, São Paulo, Saraiva, 2000.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito: repasses críticos**. 2ª ed. rev e ampliada. Rio de Janeiro, GZ, 2010.

WOLKMER, Carlos Antônio. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura jurídica**. 3ª ed. rev e atual. Alfa Omega, São Paulo, 2001

ZOLO, Danilo. **Teoria e Crítica do Estado de Direito**, In ZOLO, Danilo, COSTA, Pietro (orgs), O Estado de Direito. História, teoria, crítica, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 3 – 94.