

O papel sistemático das regras pseudo-ulpianas na *Doutrina do Direito* de Kant¹

Alessandro Pinzani

UFSC, Florianópolis

No artigo que se segue eu gostaria de tratar do papel das três regras pseudo-ulpianas que aparecem na *Doutrina do Direito* com a “Divisão geral dos deveres de direito” e que suscitam diversos problemas. Até o momento, poucas foram as tentativas empreendidas para dar uma definição precisa e uma resposta a estes problemas. No entanto, estas regras representam uma chave importante para uma melhor compreensão de toda a *Doutrina do Direito*. Seu papel sistemático constitui o tema principal deste trabalho.

I - As regras pseudo-ulpianas

1. Correspondências sistemáticas

Na divisão geral dos deveres de direito (236, EP p. 53 s., EB p. 82)², Kant recorre a três fórmulas que estão contidas no *Corpus iuris civilis* e que são tradicionalmente atribuídas ao jurista romano Ulpiano, embora –

¹ Publicado na: *Zeitschrift für philosophische Forschung*. 59/1, 2005, 71-94. Agradeço a Janyne Sattler por ter traduzido com grande competência este texto.

² Os números entre parênteses referem-se às páginas do volume VI da Akademie-Ausgabe das obras de Kant, seguidos do número das páginas da edição portuguesa (EP = *A metafísica dos costumes*, trad. de José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005) e da edição brasileira (EB = *A metafísica dos costumes*, trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003). Para as citações se utiliza aqui a edição portuguesa. As demais obras de Kant são citadas conforme o modo usual: número romano para o volume da Akademie-Ausgabe e número arábico para a página (com a exceção igualmente usual das citações da *Crítica da razão pura*, nas quais as letras A ou B designam respectivamente a primeira e a segunda edição e os números arábicos as páginas).

como freqüentemente acontece em casos semelhantes – devam ser tomadas preferencialmente como um tipo de compêndio sobre sua posição, sem que jamais tenham sido de fato formuladas por ele. Portanto, devemos qualificá-las mais precisamente como regras pseudo-ulpianas. A razão pela qual Kant se refere justamente a essas três fórmulas está em seu significativo papel histórico para a tradição da ciência jurídica. Kant as desperta, todavia, para uma vida nova, na qual lhes atribui um significado que ultrapassa muito a interpretação tradicional. As três regras são: “Honeste vive”, “Neminem laede” e “Suum unicuique tribue”. É claro que não se trata de preceitos novos: especialmente da última conhecemos inúmeras variantes já desde a literatura romana clássica (Cícero, etc.). Esta tríade reaparece continuamente na *Doutrina do Direito*, mesmo que às vezes não esteja formalmente expressa. A ela corresponde uma série de ulteriores distinções e classificações que serão esquematicamente apresentadas aqui em primeiro lugar.

Honeste vive	Neminem laede	Suum unicuique Tribue
Lex iusti	Lex iuridica	Lex iustitiae
Iustitia tutatrix	Iustitia commutativa	Iustitia distributiva
Deveres de direito internos	Deveres de direito externos	Deveres que envolvem a dedução dos últimos do princípio dos primeiros por subsunção
O que é justo [<i>recht</i>]	O que é jurídico [<i>rechtlich</i>]	O que é de direito [<i>rechters</i>]

Meu e teu interno (Direito « interno »)	Meu e teu externo (Direito privado)	Direito público
Possibilidade ou forma da aquisição de posse	Realidade ou matéria da aquisição de posse	Necessidade ou fundamentação da aquisição de posse
Estado natural (Sem direito)	Estado natural II (Direito provisório)	Estado civil (Direito peremptório)
Poder legislativo (na pessoa do legislador)	Poder executivo (na pessoa do regente)	Poder judiciário (na pessoa do juiz)
Premissa maior do silogismo prático (lei)	Premissa menor do silogismo prático (preceito)	Conclusão do silogismo prático (sentença)
Direito do Estado	Direito das Gentes	Direito Cosmopolita

Este esquema parece *prima facie* ser bastante enigmático, mas tornar-se-á mais compreensível no decorrer da exposição seguinte. O que já se mostra agora como evidente é que ele resume toda a *Doutrina do Direito* e reúne os seus elementos.

2. Um dever de direito interno?

Visto que as três fórmulas pseudo-ulpianas representam os princípios de divisão dos deveres de direito, o direito baseia-se evidentemente sobre os deveres que a razão prática nos impõe. A fim de que ambos os preceitos

da razão possam ser cumpridos, o direito privado e o direito público devem originar-se dos seguintes: que (1) ninguém deve sofrer injustiça e que (2) deve ser estabelecida uma sociedade na qual cada um receba o que é seu (a respeito destes dois preceitos falarei mais detalhadamente abaixo). Porém, como é que fica com o primeiro princípio, o “honeste vive”?

Kant diz que ele se refere ao “direito da humanidade na nossa própria pessoa” (236, EP p. 53, EB p. 82)³. Um tal direito não pode ser em si objeto da doutrina do direito, já que seu objeto é aquele direito que se deixa definir através de três elementos, os quais *prima facie* nada podem ter de comum com a idéia de um direito da humanidade em nossa pessoa. Estes elementos são a intersubjetividade, a reciprocidade e o formalismo (230, EP p. 42, EB p. 76). O direito diz respeito às relações entre os arbítrios. Por esta razão, a parte da *Doutrina do Direito* que é dedicada ao direito interno é tratada nos “Prolegômenos” da *Doutrina do Direito* propriamente dita (238, EP p. 57 s., EB p. 84), já que o objeto do direito interno, a saber, a liberdade externa como o único direito inato, só indiretamente tem a ver com as relações dos arbítrios uns com os outros – e, na verdade, só até o ponto em que estes arbítrios desejam proteger sua liberdade externa contra as outras. É justamente para este fim que se volta o direito. Em si mesmo o direito interno não é um direito em sentido estrito, pois este é sempre e somente direito completamente externo e adquirido (232, EP p. 45, EB p. 78), portanto, em primeiro lugar, direito privado. Esta é a razão pela qual a primeira parte da *Doutrina do Direito* não se ocupa do direito interno, mas do “meu e teu externo”. E esta é também a razão pela qual uma classe de deveres se origina do direito da humanidade em nossa pessoa, a saber, os deveres perfeitos em si mesmos, os quais Kant designa, na verdade, como deveres de direito interno (no esquema da página 240, EP p. 61, EB p. 86), embora pertençam de fato à ética (portanto, à *Doutrina da Virtude*). Em conformidade com isso, Kant introduz junto da divisão geral dos deveres de direito um princípio que ordena a honestidade jurídica (de acordo com o “honeste vive”) e que dirige os deveres de direito internos (236, EP p.

³ [N. da T.] Diferentemente do que aparece na edição brasileira (p. 82), optou-se por seguir o tradutor português, que traduz o conceito de “*Recht der Menschheit in unserer eigenen Person*” como “direito da humanidade na nossa própria pessoa”, em vez de “direito de humanidade”, já que a primeira formulação indica muito mais o fato de que realmente temos deveres perante a nossa humanidade como algo definitivo. As citações modificadas em relação à edição brasileira das *Doutrinas* serão todas indicadas em nota quando a tradução parecer problemática ou exigir alguma correção pontual.

53, EB p. 82): um princípio que não por acaso Kant apresentara tanto em suas aulas quanto em seus apontamentos para a *Metafísica dos Costumes* apenas na parte relativa à *Doutrina da Virtude*:

A moral se constitui da doutrina do direito (doctrina iusti) e da doutrina da virtude (doctrina honesti); aquela chamamos também ius em sentido geral e esta [chamamos] ética com significado mais especial (pois outrora chamava-se também ética toda a moral). – Quando tomamos a última em primeiro lugar, então podemos expressar assim com Ulpiano sua fórmula: honeste vive – a doutrina do direito contém duas partes, a do direito privado e do público – Neminem laede, suum cuique tribue, portanto, o direito do estado de natureza e civil. (XXIII, 386).

Na *Metaphysik Vigilantius*, Kant conta esta regra como ainda pertencente, na verdade, aos deveres éticos (XXVII/2.1,527); encontramos aí, no entanto, um ponto que se aproxima da sua posição de 1797:

... assim, os deveres de direito para consigo mesmo são os mais altos deveres entre todos. Eles dizem respeito ao correspondente direito da humanidade na sua própria pessoa, são por isso deveres perfeitos, e cada ação correspondente a um dever é indispensavelmente exigida pelo direito da humanidade, e é um dever em e por si. Cada infração é, portanto, uma violação do direito da humanidade na sua própria pessoa, ele [a pessoa que comete a infração] faz-se indigno daquela posse de sua pessoa que lhe foi confiada, e torna-se privado de dignidade, já que a conservação do seu próprio valor só consiste na observação dos direitos da sua humanidade: ele [o infrator] perde todo valor interno e pode, quando muito, ser visto como um instrumento para outros, os quais o transformam em uma coisa. (XXVI-I/ 2.1, 604).

Coloca-se agora, então, a questão do por que Kant finalmente retoma este princípio na *Doutrina do Direito*. Desta surge igualmente a questão sobre se podemos falar em geral de direito interno e de deveres internos de direito. Já que o direito estrito pode ser apenas um direito externo, esta parece ser uma posição pouco sustentável. O próprio conceito de “deveres internos de direito” é em si mesmo – como Wolfgang Kersting corretamente notou – “uma *contradictio in adiecto*”, pois “todos os deveres ou são *deveres jurídicos (officia iuris)*, quer dizer, deveres para os quais é possível uma legislação externa, ou *deveres de virtude (officia virtutis s. ethica)*, para os quais não é possível uma tal legislação” (239, EP p. 59, EB p. 85)⁴. Ora, a honestidade jurídica que é aqui

⁴ KERSTING, Wolfgang. *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*. 2ª edição. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993, p. 219. Isto, contudo, não impede Kant de falar, na página seguinte, no esquema chamado de “Divisão segundo a relação objetiva da lei com o dever”,

objeto de um dever não pode ser objeto de uma legislação externa. Esta exige de fato que as ações sejam conforme as leis, mas nada diz sobre a atitude interna ou o motivo delas. Atitude interna e motivo podem ser objeto somente de uma legislação interna: a honestidade (que é muito mais do que uma simples legalidade no sentido kantiano do termo!) representa uma atitude e não pode como tal ser exigida de uma legislação externa (isto é: ela não pode ser objeto de um dever de direito).

Uma primeira interpretação para o “honeste vive” poderia ser a de que aquilo que é exigido aqui, a saber, a honestidade jurídica, iguala a proibição de se abdicar da própria liberdade (ou seja, a proibição de oferecer-se aos outros como meio). Um tal dever diz respeito à personalidade jurídica e como tal pode ser tomado como um dever de direito ainda que exija uma atitude interna: “Como preceito da auto-sustentação jurídica, ele formula as condições internas da liberdade externa”.⁵ Neste ponto, ele formula igualmente a condição interna para a existência do direito em geral, pois somente arbítrios livres podem viver em uma relação jurídica mútua, como será agora esclarecido.

Na página 238 se fala da qualidade do ser humano em “ser o seu próprio senhor (*sui iuris*)” (238, EP p. 56, EB p. 84) – (uma formulação que de resto alude novamente à correspondência entre o “honeste vive” e o meu e teu interno). Ser “seu próprio senhor” é ser alguém que respeita o direito da humanidade na sua própria pessoa e que jamais faz de si um mero meio para os outros. A honestidade jurídica não consiste, portanto, em primeiro lugar, no cumprimento da lei (nós nos encontramos ainda em um estado pré-jurídico, como Kant mesmo acentua duas linhas à frente), mas na afirmação de seu valor como ser humano em relação aos outros. É uma atitude interna que antecede a existência de normas jurídicas e, portanto, do direito em geral. O preceito do “honeste vive” tem em vista, em primeiro lugar, a proteção da liberdade externa frente à auto-abnegação. Ele serve à proteção “interna” desta liberdade, enquanto o direito serve à proteção “externa”, a proteção contra possíveis violações alheias. Esta primeira regra representa por isso, antes de tudo, uma proibição, a saber, a proibição da auto-escravidão.

A questão da auto-escravidão é explicitamente referida por duas vezes na *Doutrina do Direito*: no § 30 e na observação geral D (mas

de um dever de direito perfeito em si mesmo, a saber, aquele mencionado sob o n° 1, “o direito da humanidade na nossa própria pessoa” – uma formulação que é também encontrada na primeira regra pseudo-ulpiana.

⁵ Ibidem.

conferir também as páginas 270 [EP p. 107, EB p. 115] e 282 [EP p. 127, EB p. 126]). Ambos os pontos esclarecem o que aconteceria se a primeira regra pseudo-ulpiana não fosse observada: quando alguém se aliena e infringe a humanidade em sua própria pessoa deixa de ser com isso um sujeito de direito – o que torna nulos todos os contratos fechados por ele. Este argumento não representa nenhuma novidade particular: na tradição do direito natural a auto-escravidão é vista como algo que está em contradição com a natureza do homem. Também Rousseau argumenta analogamente a Kant em *Do Contrato Social* (Livro I, Capítulo 4). No entanto, ele e os outros teóricos do direito natural parecem antes acentuar a impossibilidade e/ou a contraditoriedade da abnegação da liberdade, enquanto Kant faz desta abnegação o objeto de uma proibição que possui um caráter simultaneamente moral e jurídico: aquele que se aliena não somente prejudica sua natureza humana, mas fere um dever que ele tem para com a humanidade em sua própria pessoa.

Contudo, aqui surge uma dificuldade a respeito deste conceito de um direito da humanidade na nossa própria pessoa. Se minha humanidade consiste no fato de eu ser um fim em si mesmo, o qual jamais pode ser feito um mero meio, – seja para os outros seja para si mesmo – então a questão que se coloca é a de saber o que significa exatamente ter uma obrigação para com minha humanidade. Em contrapartida, desde a perspectiva de Kant, uma justificação dos deveres morais para consigo mesmo parece *prima facie* ser possível (e Kant a fornece na *Doutrina da Virtude*, nos primeiros parágrafos da primeira parte da “Doutrina dos elementos”), embora não o seja para os deveres de direito, já que estes só podem surgir com relação a outras pessoas. Quanto ao “honeste vive”, trata-se agora de um dever de direito interno para o qual os outros supostamente ainda não estariam em jogo, de tal forma que a obrigação concerniria somente a nós; ou seja, ele pode surgir com respeito à humanidade em nossa própria pessoa: um tal dever seria assim, por definição, um dever moral (isto é, uma auto-obrigação).

Contudo, os outros já estão de fato em jogo com o “honeste vive” e, precisamente, como parceiros *possíveis* de uma relação jurídica na qual se deve afirmar seu valor como pessoa de direito, como contratante, por exemplo. Poderíamos ver esta regra, assim, como o preceito em se constituir como possível parceiro jurídico para os outros. A afirmação da própria liberdade, a própria capacidade de ação como imputabilidade e personalidade jurídica, é necessária para que o direito em geral surja. Se eu me recuso a proceder como um sujeito de direito livre e imputável, torna-se impossível para os outros entrar em uma relação de direito co-

migo. Eu *devo* honestidade jurídica *aos outros* tal como *a mim mesmo* (ou à humanidade na minha própria pessoa). Esta obrigação, porém, não pode ser objeto de uma legislação externa, já que aqui é exigida uma atitude: eu não posso, portanto, ser levado ao seu cumprimento através de coação. Contudo, ela possui ao mesmo tempo um caráter jurídico, já que diz respeito a minha relação jurídica para com os outros arbítrios. Ela é uma entidade híbrida que representa a transição da dimensão ética do respeito pela própria dignidade humana para a dimensão jurídica da afirmação da própria personalidade jurídica perante os outros. Como uma tal entidade híbrida, esta obrigação não preenche completamente nenhuma das condições que são necessárias para um dever puramente ético ou puramente jurídico. Ela só é um dever ético na medida em que, como exigência de uma atitude interna, ela pode ser objeto apenas de uma legislação interna, e na medida em que tem a ver com a humanidade em nossa própria pessoa; ao mesmo tempo, porém, ela diz respeito à relação jurídica para com os outros arbítrios e constitui uma obrigação diante deles. Como tal, ela pode ser qualificada como um dever jurídico, mas não como objeto de uma legislação externa; isto é, um tal dever não pode ser cumprido através de ameaça ou emprego de coação.

Para compreendermos melhor o significado e o papel deste dever de direito interno, podemos ainda fazer uma breve comparação com outros deveres internos, a saber, aqueles deveres consigo mesmo citados na *Doutrina da Virtude*. Em primeiro lugar, Kant menciona uma dificuldade apresentada por tais deveres: “Aquele que obriga” [*der Verbindende*] e o “obrigado” [*der Verbundene*] são um e o mesmo. Já que aquele que obriga pode sempre liberar o obrigado da obrigação, o sujeito não está ligado de modo algum a um dever que ele mesmo impõe (417, EP p. 339, EB p. 259). Daí resulta uma consequência ainda mais grave: se não houvesse tais deveres,

então não existiria nenhum dever em geral, nem sequer deveres externos. – Pois que eu não posso reconhecer que estou obrigado perante outros a não ser na medida em que me obrigo a mim mesmo: porque a lei por força da qual me considero obrigado procede em todos os casos da minha própria razão prática, pela qual sou coagido, sendo eu ao mesmo tempo, perante mim mesmo, aquele que exerce a coação. (417, EP p. 340, EB p. 260).

Aqui já se insinua a “solução desta antinomia aparente”. Esta consiste em que o homem é considerado em sua dupla qualidade como *ser natural* dotado de razão (*homo phaenomenon*) e como *ser* dotado de

liberdade interior (*homo noumenon*). Assim, aquele que obriga é o *homo noumenon*, enquanto o obrigado é o *homo phaenomenon*, o qual é, ao mesmo tempo, um ser “pertencente a uma das espécies animais” dotado de sentidos e razão. Desde aí surgem duas classes de deveres consigo mesmo (418, EP p. 341, EB p. 260-261): deveres consigo mesmo como um ser simultaneamente animal e moral (proibição do suicídio, do uso não-natural da inclinação sexual e do gozo imoderado de alimentos) e deveres consigo mesmo como um ser meramente moral (relativo à dignidade da humanidade em sua pessoa), tais como os descritos na primeira parte da “Doutrina dos elementos”.

Para nossa análise, o que interessa é a observação de que eu não posso me reconhecer como obrigado perante outros senão “na medida em que me obrigo a mim mesmo”. Aqui há uma analogia com a honestidade jurídica: é apenas quando eu me reconheço e me afirmo como sujeito capaz de submeter-se a uma obrigação que eu posso contrair uma obrigação para com os outros. Cada obrigação, seja jurídica ou moral, é precedida assim pela afirmação de si como de um ser que é capaz de assumir obrigações em geral; esta auto-afirmação consiste, por fim, em uma auto-obrigação, em uma obrigatoriedade para com a humanidade em minha pessoa. Este é o ponto de contato entre a doutrina do direito e a doutrina da virtude, entre o direito e a moral. Ambos baseiam-se na capacidade do sujeito de ser para si mesmo aquele que obriga – uma capacidade que resulta da qualidade do homem de ser um legislador para si mesmo. Finalmente, é a razão prática que não somente possibilita pensar o direito e a moral em geral, antes impõe a existência deles.

Além disso, interessa-nos também o fato de que Kant retoma aqui o conceito de *honestas* relativamente à proibição da auto-alienação. Desta vez certamente não como *honestas iuridica*, mas como *honestas interna*, já que se trata da “proibição de despojar-se da liberdade interior [e não da externa, como no “honeste vive” – A.P.], convertendo-se em jogo de meras inclinações e, portanto, em coisa” (420, EP p. 344, EB p. 262). Os vícios correspondentes são a mentira, a avareza e a falsa humildade. A “virtude que se contrapõe a todos esses vícios” é precisamente o “sentimento de honra (*honestas interna*)” (420, EP p. 344, EB p. 262). Este consiste, assim, na renúncia a fazer de si mesmo uma coisa e na manutenção da própria liberdade, exatamente como no caso da *honestas iuridica*, com a diferença (certamente crucial) de que, desta vez, trata-se da liberdade interna. Isto parece demonstrar que a honestidade jurídica, sobre a qual discorre a primeira regra pseudo-ulpiana, consiste efetivamente na capacidade de manter a própria liberdade *externa*.

3. O problema da subsunção

O direito estrito começa somente com o segundo preceito, com o “*neminem laede*”, com a *lex iuridica*, o meu e teu externo e o direito privado (externo). Este preceito é *prima facie* menos discutível do que o primeiro, já que pode referir-se inequivocamente a um dever de direito. Entretanto, o que nos deixa perplexos é a seguinte observação de Kant: “mesmo que para tal te tenhas de desligar de todo o vínculo com outrem e evitar a sociedade” (236, EP p. 54, EB p. 82). Esta observação é surpreendente porque, para Kant, a vida dos homens em sociedade representa um fato [*Faktum*] antropológico. Como tal, ela não é um mero acontecimento empírico (o que a inutilizaria para uma metafísica dos costumes), mas uma circunstância com a qual somos necessariamente confrontados. É precisamente desta necessidade da vida em sociedade que se pode deduzir o preceito em conformidade com o qual os homens devem regulamentar juridicamente sua coexistência, de tal forma que “o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal da liberdade” (230, EP p. 43, EB p. 76)⁶. Aqui, por outro lado, parece surgir a possibilidade de uma retirada da coexistência que facilitaria aos homens evitar qualquer contato com os outros humanos. Esta opção é mais uma vez oferecida na terceira regra: a entrada na sociedade civil não parece ser objeto de um imperativo, mas apenas a consequência de uma impossibilidade concreta de vida solitária: “*se não podes* evitar aquela última situação” (237; EP p. 54, EB p. 83; *itálico meu*)⁷. É claro que eu fatalmente não poderei evitá-la, se estiver certa a pressuposição, apresentada por Kant como fato, segundo a qual os homens exercem necessariamente uma influência mútua através de suas ações (230, EP p. 42, EB p. 76). Que sentido tem, pois, a opção de um afastamento da sociedade dos outros humanos?

É possível que Kant desejasse salientar o caráter metafísico destas três regras e que por isso ele quisesse abstrair de todo elemento empírico – e também de todos os aspectos antropológicos que foram admitidos na “Introdução à metafísica dos costumes” como o seu domínio de

⁶ [N. da T.] Na tradução da edição brasileira se lê: “a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade”.

⁷ [N. da T.] Na tradução da edição brasileira se lê: “(Se não puderes deixar de relacionar-se com os outros)”.

aplicação (“uma metafísica dos costumes não pode fundar-se na antropologia, mas pode aplicar-se a ela” 217, EP p. 24, EB p. 59). Assim, a coexistência inevitável não estabelece de modo algum os princípios metafísicos de direito, mas forma o horizonte dentro do qual estes princípios podem encontrar aplicação: os homens vivem sobre a terra, isto é, sobre uma esfera que oferece como tal uma superfície limitada e que faz inevitáveis os contatos; além disso, eles estabelecem para si objetivos que podem concorrer uns com os outros, já que os meios para sua realização são escassos e, às vezes, até mesmo raros. Quando Kant abstrai deste horizonte, ele deixa de lado essa natureza singular dos homens, pois somente da limitação da terra e dos meios sobre os quais os homens dispõem surgem conflitos que devem ser regulados pelo direito.

Uma interpretação alternativa seria a de que Kant compreende estas regras como regras morais que só adquirem um caráter jurídico através do fato [*Faktum*] antropológico da coexistência humana. Neste caso, ambos os deveres do “neminem laede” e do “unicuique suum tribue” deveriam seguir-se da moralidade e não da mera legalidade. A atitude moral exigiria então do sujeito que ele *eventualmente* evitasse a sociedade a fim de não prejudicar a pureza de suas intenções. Só no momento em que o indivíduo efetivamente entra em sociedade com os outros humanos é que estes dois deveres tornam-se verdadeiros deveres de direito, de tal forma que, como deveres externos, eles sejam igualmente cumpridos desde a mera legalidade – o que estaria de acordo com a observação de Kant de que a segunda regra fundamenta os deveres de direito externos e de que a terceira fundamenta aqueles deveres que envolvem a subsunção dos últimos do princípio dos deveres de direito internos fundamentados pela primeira regra (portanto, os deveres fundamentados pela terceira regra, por sua vez, também não são meros deveres internos, mas externos).

Como esta subsunção deve ser entendida e que tipo de deveres resultam daí não parece ser, à primeira vista, muito claro. Na *Crítica da razão pura* é dito: “Em todas as subsunções de um objeto a um conceito, a representação do primeiro deve ser homogênea à do segundo”, e como exemplo Kant indica o conceito empírico de um prato, o qual é idêntico ao puro conceito geométrico de um círculo. Aqui, o problema consiste em saber como é possível a subsunção de intuições empíricas sob conceitos puros do entendimento, já que estes e aquelas são “completamente

heterogêneos” (B 176)⁸ – um dilema que Kant procura resolver recorrendo ao conceito de esquematismo. Um problema análogo parece delinear-se na *Doutrina do Direito*: os *deveres* externos resultantes do “neminem laede” deveriam ser depois subsumidos ao *princípio* do “honeste vive” e o resultado deveria ser uma outra categoria de deveres externos. Podemos constatar que há, neste caso, uma igualdade de gênero entre as duas primeiras regras pseudo-ulpianas que possibilita uma subsunção: aquele que não comete injustiça com ninguém é um homem irrepreensível e justo – e a este conceito de homem justo se acrescenta uma qualidade ulterior, a saber, “a qualidade do homem de ser o seu próprio senhor (sui iuris)” (238, EP p. 56, EB p. 84). Temos assim um *conceito* [*Begriff*] (o não-cometer-injustiça-com-ninguém) que deve ser subsumido a um mais amplo *conceito superior* [*Oberbegriff*] (o ser-justo). Mais precisamente, Kant diz que os deveres que resultam do conceito inferior [*Unterbegriff*] devem ser subsumidos ao conceito superior. Trata-se de deveres externos que, apesar de jurídicos, não são sancionados, já que o estado civil deve ser ainda estabelecido. Eles são heterogêneos ao princípio da honestidade jurídica na medida em que são deveres *externos* (o “honeste vive” fundamenta, como visto, uma obrigação interna). Haveria, pois, um *quid* que correspondesse a um papel semelhante àquele do esquematismo na primeira *Crítica* e que possibilitasse vencer esta heterogeneidade, de tal forma que a terceira categoria de deveres pudesse surgir? Esta pergunta pode ser reformulada também da seguinte maneira: como é possível a passagem do direito privado para o público? Será que se pode alcançar esta passagem através da subsunção do direito privado ao direito “interno”, isto é, ao direito à liberdade externa? E como esta subsunção se realiza? É sobre estas questões que falarei a seguir.

⁸ Citado de: KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo B. Moosburger, São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 144.

II. As três regras pseudo-ulpianas como estrutura da *Doutrina do Direito*

4. A vontade geral, a *iustitia distributiva* e a justificação do direito público

Kant designa as três regras pseudo-ulpianas respectivamente como *lex iusti*, *lex iuridica* e *lex iustitiae*. Em primeiro lugar, pode nos surpreender que o “honeste vive” não seja identificado com algo como uma *lex honesti*, mas com a *lex iusti* (note-se que nos trabalhos preparatórios ele ainda é identificado como princípio da “doutrina honesti”). A *lex iusti* é uma lei que define quem pode ser designado como justo (*iustus*). Kant acrescenta à “qualidade do homem de ser o seu próprio senhor (*sui iuris*)” a qualidade de um homem justo, de um “ser humano *íntegro* (*iusti*)” (238, EP p. 56, EB p. 84). Para o segundo, é característico o fato de que o homem justo “não cometeu ilícito algum *com anterioridade a qualquer ato jurídico*” (ibidem)⁹ – antes também, portanto, da existência de atos provisórios de direito privado. Por outro lado, esta qualidade também mostra uma certa ambigüidade, já que o *iustus* é identificado como justo por causa de sua conduta *para com os outros* (pode-se comprovar a integridade de um homem somente em sua relação com os outros). A *lex iusti* refere-se assim a uma dimensão inter-humana ainda que pré-jurídica, recebendo, por isso, tal como o princípio do “honeste vive”, um lugar especial no ponto de intersecção entre o direito e a moral.

Caráter completamente jurídico, em contrapartida, possuem ambas as outras leis. A *lex iuridica* diz respeito ao comportamento do sujeito de direito para com os outros sujeitos de direito: ela o proíbe de cometer-lhes injustiça. A *lex iustitiae* pressupõe uma sociedade juridicamente organizada, uma ordem de direito na qual o comportamento intersubjetivo é regulamentado através de uma instância superior: ela diz respeito assim à relação entre sujeitos de direito na medida em que estes vivem sob uma condição civil – isto é, ela diz respeito à relação dos cidadãos uns com os outros.

Às três *leges* correspondem três diferentes domínios de aplicação, a saber, respectivamente: o direito “interno” (na medida em que possamos falar disso – ver acima), o direito privado e o direito público. Isto ficará mais claro ao considerarmos junto da “Divisão geral dos deve-

⁹ [N. da T.] A tradução brasileira diz: “antes de realizar qualquer ato que afete direitos, não causou dano algum a ninguém” (p. 84).

res de direito” os dois outros pontos nos quais estas três *leges* figuram juntas.

O primeiro ponto encontra-se no § 16 (§ 17 da edição realizada por Bernd Ludwig), à página 267 (EP p. 103, EB p. 111). Neste parágrafo, que pertence à seção dedicada ao “direito real” [*Sachenrecht*] (portanto, a uma parte do direito privado), é antecipado algo que em si seria objeto dos §§ 41-44: a necessidade da passagem do direito privado ao público. Esta necessidade é mostrada no § 16 precisamente com o auxílio das três *leges*, as quais são usadas aqui a propósito da questão da posse de terra. A *lex iusti* aparece em conexão com a *communio fundi originaria* e com a vontade de fazer uso da terra que “por natureza” todos os homens, “(cada um)”, têm (267, EP p. 103, EB p. 111). Já que o arbítrio de um se opõe inevitavelmente “por natureza” ao de outro, todo o uso da terra tornar-se-ia impossível, “a menos que [a vontade] contivesse a lei para esses arbítrios, segundo a qual pode determinar-se cada um uma posse particular sobre o solo comum (*lex iuridica*)” (ibidem). Mas “a lei que reparte o meu e o teu” e que confere à posse um caráter peremptório só pode decorrer “de uma vontade unificada originariamente e *a priori* (que não pressupõe para tal unificação qualquer ato jurídico) e que, por conseguinte, só no estado civil pode ter lugar (*lex iustitiae distributivae*)” (ibidem)¹⁰. Com isto será determinado, respectivamente, “aquilo que é justo [*recht*], aquilo que é jurídico [*rechtlich*] e aquilo que é do Direito [*rechters*]” (ibidem).

Para antecipar algumas categorias que Kant irá introduzir algumas páginas mais à frente (306, EP p. 167, EB p. 150), podemos formular isto também da seguinte forma: a vontade que por natureza todos os homens têm de fazer uso da terra representa a condição para a *possibilidade* da posse da mesma, enquanto a lei que adjudica a cada um uma posse particular manifesta a *realidade* desta posse; a subsunção das relações reais de posse à vontade originária, pensada agora como comum e *a priori*, produz a lei que reparte o meu e o teu, a qual se refere à *necessidade* da posse de terra até então somente provisória e arbitrária. A correspondência das três *leges* com as três regras pseudo-ulpianas parece manifestar-se aqui acentuadamente. O “honeste vive” exige honestidade jurídica como condição das relações jurídicas em geral, exata-

¹⁰ [N. da T.] As duas últimas citações aparecem respectivamente assim na edição brasileira: “se essa vontade não encerrasse também o princípio para a escolha pelo qual uma *posse particular* para cada um na terra comum pudesse ser determinada (*lex iuridica*)”; “somente se proceder de uma vontade que seja unida *originalmente e a priori* (que não pressuponha nenhum ato jurídico para sua união). Daí procede apenas de uma vontade na condição civil (*lex iustitiae distributivae*)” (p. 112).

mente assim como a *lex iusti* na forma da vontade natural constitui a condição para as relações de posse juridicamente regulamentadas. Já que esta vontade ainda não corresponde a uma posse externa, continuamos no âmbito do meu e teu interno. O “*neminem laede*” exige não cometer nenhuma injustiça para com os outros. A ele corresponde a origem da posse privada: eu reivindico para mim somente minha parte da terra originariamente coletiva e deixo aos outros a possibilidade de tomar para si sua parte. Origina-se assim um meu e teu externo e, portanto, o direito privado (por ora só existem os sujeitos de direito como pessoas privadas, sem qualquer instância pública). As relações de posse originárias são arbitrárias, pois são produzidas pelo arbítrio de um e de outro segundo uma lei permissiva (*lex permissiva* 267, EP p. 104, EB p. 112; veja-se também 247, EP p. 70, EB p. 92). Para conferir-lhes um caráter peremptório faz-se necessária uma lei que assegure a cada um o que é seu – o que corresponde ao “*suum cuique tribue*”. E assim podemos agora compreender por que Kant considera (237, EP p. 54, EB p. 83) que a versão habitual desta fórmula como “dá a cada um o que é seu” representa um disparate, já que a ninguém se pode dar algo que ele já tenha: cada um já abarcou *de facto* uma parte da terra comum para si; trata-se meramente ainda de assegurar esta posse, isto é, de transformar a lei permissiva em lei distributiva – onde o adjetivo “distributivo” certamente figura desconcertantemente, já que não há mais o que se distribuir: a posse da terra já distribuída deve apenas, respectivamente, ser sancionada e receber um caráter peremptório, para tornar-se com isso uma verdadeira *propriedade*. Isto só pode acontecer através de uma vontade unida originariamente e *a priori*, portanto, em um estado civil. Aqui, surge um duplo problema de interpretação: em primeiro lugar, deve ser esclarecido o que é esta vontade unida e, a seguir, por que ela deve tão somente sancionar as relações de posse que se estabeleceram *de facto* sem redefini-las.

A vontade unida aparece pela primeira vez no § 8, cujo significativo título é: “ter algo exterior como seu é possível somente num estado jurídico, sob um poder legislativo público, quer dizer, no estado civil” (255, EP p. 85, EB p. 101). As relações de posse originadas *de facto* são – assim argumenta Kant – resultado da vontade unilateral do particular (na página 267 [EP p. 103, EB p. 112] ele fala de “arbítrio”) e esta vontade unilateral “não pode servir de lei coercitiva para todos, porque isto poria em causa a liberdade segundo as leis universais” (256, EP p. 85, EB p.

101) ¹¹. Daí Kant concluir a necessidade de uma “vontade que obriga cada um face ao outro, uma vontade coletivo-universal (comum) e poderosa” (ibidem). O estado em que uma tal vontade é legislativa é precisamente o estado civil, exclusivamente no qual, por isso, pode ocorrer um meu e teu externo (ibidem). Kant expressa esta idéia também algumas páginas mais à frente, onde a apropriação (o ato definitivo da tomada de posse que funda a verdadeira posse) é vista como o ato “de uma vontade universal e exteriormente legisladora (na idéia)” (259, EP p. 89, EB p. 104).¹²

A requerida vontade apresenta assim as seguintes características: (1) ela obriga todos os homens, (2) é comum a todos eles (ela é coletiva e universal) e (3) possui poder. O ponto (1) não parece ser problemático: a vontade é a capacidade de ser legislador para si mesmo;¹³ se há, pois, uma vontade que é comum a todos os homens, então ela lhes será por definição legisladora e, portanto, criadora de uma obrigação. Já o ponto (2) parece ser mais problemático: como devemos compreender uma vontade coletiva e universal? Poderíamos traçar um paralelo com a *volonté générale* de Rousseau. Mas isto está imediatamente fora de questão, sem considerar todas as outras possíveis diferenças, por uma simples razão: enquanto a *volonté générale* é a vontade comum de uma sociedade particular politicamente organizada, a vontade geral de Kant representa – em correspondência ao conceito original de *volonté générale* de Diderot – uma vontade comum a todos os homens.¹⁴ Trata-se de uma instância que deve ser pensada (“na idéia”) para que a “apropriação” receba validade e a posse seja assim assegurada – e isto não dentro da ordem de direito de uma sociedade de direito particular, mas por princípio (a doutrina do direito será, por fim, metafísica). A necessidade de uma tal instância – ou melhor: a necessidade de se pensar uma tal instância, – é justificada por Kant com o fato de que, do contrário, todo ato de aquisição seria arbitrário e, portanto, não criaria uma obrigação para os outros. Ele possuiria

¹¹ [N. da T.] Algumas pequenas diferenças em relação à edição brasileira nas duas últimas citações: “É possível ter alguma coisa externa como sua somente numa condição jurídica, sob uma autoridade que legisla publicamente, ou seja, numa condição civil” (p. 101); “não pode servir como uma lei coercitiva para todos no que toca à posse que é externa e, portanto, contingente, já que isso violaria a liberdade de acordo com leis universais” (idem).

¹² Também na página 269 (EP p. 106, EB p. 114) Kant fala da “vontade sintético-universal”, que confere aos arbítrios particulares a autorização para o uso de um objeto.

¹³ Na «Introdução à metafísica dos costumes», Kant fornece uma definição mais ampla que acaba identificando a vontade com “a própria razão prática” (213, EP p. 18, EB p. 63).

¹⁴ A *volonté générale* de Rousseau corresponderia antes à “vontade unida do povo, que procede *a priori* da razão” (338, EP p. 220, EB p. 182).

apenas validade subjetiva e não objetiva. À unilateralidade dos atos concretos de “apreensão” e de “declaração” deve seguir a reciprocidade do ato, mais abstrato, da “apropriação” (258, EP p. 89, EB p. 103 s.). A vontade geral deve ser pensada justamente para que a lei permissiva, a *lex permissiva*, possa tornar-se lei distributiva, a *lex iustitiae distributivae*. Ela deve ser pensada, portanto, para que as relações de posse estabelecidas no direito privado, que por sua natureza são arbitrárias e unilaterais, sejam reconhecidas e sancionadas como válidas. Kant chega a dizer que haveria aí um dever, também antes do estabelecimento do estado civil e antes de qualquer sanção, de reconhecer “como válido o ato de investimento na posse e de apropriação, mesmo que seja somente unilateral”, de tal forma que também “uma aquisição provisória da terra” tem conseqüências jurídicas (267, EP p. 103 s., EB p. 112). O interesse principal de Kant é, portanto, o de assegurar o direito privado: daí resulta a necessidade do direito público. Isto, por sua vez, concorda com a tradução kantiana (que é antes uma interpretação) da terceira regra, “*Suum unicuique tribue*”: “Entra num estado onde cada um possa ver aquilo que é seu garantido contra qualquer outro” (237, EP p. 54, EB p. 83)¹⁵. A tarefa da vontade geral não é, assim, a de definir (novamente) as relações de posse, mas apenas a de sancioná-las. Neste ponto, o fato de Kant falar em “lei distributiva” e “*lex iustitiae distributivae*” é algo desconcertante. Trata-se, quando muito, de uma distribuição secundária; ou seja, de um restabelecimento de relações de posse que foram postas em questão ou que foram perturbadas, mas que são em si mesmas legítimas. Assim, a vontade unificada parece meramente preencher a função de obter a validade da facticidade das relações de posse que foram estabelecidas através dos atos arbitrários de apreensão, declaração e apropriação (258, EP p. 89, EB p. 104). O estado civil deve ser estabelecido para que o direito privado provisório receba um caráter peremptório. Isso suscita a já mencionada questão: por que o direito público deve meramente sancionar as relações jurídicas (de posse) definidas no direito privado? A respeito deste problema voltarei a falar mais tarde.

O ponto (3), por fim, menciona que a vontade geral deve ser “poderosa”. Mas, afinal, de que poder se trata aqui? Já que o que está em jogo é a justificação da necessidade do direito público, então ele poderia ser entendido como o poder público-estatal. É precisamente este poder que leva à sua implementação concreta as leis (entre as quais está, tam-

¹⁵ [N. da T.] A tradução brasileira diz: “Participa de uma condição na qual o que pertence a cada um possa lhe ser assegurado contra todos os outros”.

bém, a lei distributiva que assegura a cada um o que é seu). Com isso, a vontade geral corresponderia a uma poderosa instância pública: ela seria idêntica ao Estado. Isto nos leva ao segundo lugar no qual as três *leges* aparecem, a saber, ao § 41, onde se fala da “passagem do meu e do teu no estado de natureza ao meu e ao teu no estado jurídico” (305, EP p. 167, EB p. 150).

5. A passagem para o estado civil como sanção das relações fáticas de posse.

Aqui reencontramos elementos já conhecidos: a vontade legisladora geral, a possibilidade, realidade e necessidade da posse, as três formas da *iustitia*, as três *leges* e a distinção entre o que é justo [*recht*], jurídico [*rechtlich*] e do Direito [*rechts*]. Nesta passagem, tais conceitos são introduzidos em relação à origem do direito público e ao estabelecimento do estado civil.

A *lex iusti* diz que “comportamento é intrinsecamente justo segundo a forma” (306, EP p. 167, EB p. 150). Sobre um tal comportamento, sobre isso que é correto, cada um julga por si mesmo (297, EP p. 153, EB p. 142). Duas circunstâncias ulteriores, a saber, o fato de que se trata de um comportamento interior e o fato de que está em jogo a forma, mas não a matéria (a posse da terra), apontam para a primeira regra: o homem deve julgar qual comportamento faz dele um homem (juridicamente) honesto ainda antes de cada ato jurídico e de cada aquisição de terra. Daí a referência à *iustitia tutatrix*, à “justiça protetora” (306, EP p. 167, EB p. 150). Ela não é uma justiça recíproca e, por isso, intersubjetiva, como o são a *iustitia commutativa* e a *distributiva*, mas encontra sua aplicação somente no sujeito particular. Ela diz respeito à auto-proteção: o indivíduo deve proteger a si mesmo como pessoa de direito a fim de obter para seu arbítrio a “possibilidade” de adquirir objetos (que são a “matéria” do arbítrio). É só no momento da aquisição que os outros entram em jogo – o que dá lugar à pergunta sobre qual comportamento *externo* é “susceptível de ser exteriormente legalizável” (ibidem) *segundo a matéria* (ou seja, com respeito à terra a ser adquirida). Questões jurídicas se originam, portanto, somente com o surgimento de relações intersubjetivas de posse, isto é, com o direito privado, e são resolvidas através da *lex iuridica* (ibidem). Com isso, a *iustitia commutativa* deveria servir como critério para a avaliação daquilo que é *jurídico* [*rechts*]. A máxima suprema dessa justiça deveria ser, então, “neminem laede”: comporta-te

em relação à aquisição da terra originariamente comum de tal forma que tu não perturbes a atividade de aquisição dos outros arbítrios. Se uma tal perturbação não for evitável e, portanto, se o conflito for inevitável (e ele o é sempre, como visto), então deve ser estabelecido um estado civil no qual haja tribunais que julguem o que é *de direito* [*rehtens*] (*lex iustitiae*) – e, precisamente, de acordo com a *iustitia distributivae*, cujo princípio supremo deveria ser o “*suum cuique tribue*”. Enquanto não há uma justiça distributiva nós nos encontramos em um estado natural. Assim, há uma certa assimetria entre as duas primeiras regras e a terceira e suas respectivas formas de lei, de justiça, etc. Por um lado, no estado de natureza, temos o meu e teu interno e externo e, por conseguinte, o direito privado “interno” e externo (dos quais o primeiro não representa em si mesmo um direito verdadeiro), a atitude interna e externa, a forma e a matéria do arbítrio, a vontade abstrata de usar da terra e a “apropriação” da terra e, finalmente, a possibilidade e a realidade da posse. Por outro lado, no estado civil (que Kant distingue de um estado meramente social: 306, EP p. 168, EB p. 150), temos a sanção das relações de posse originadas no estado de natureza e a afirmação de sua necessidade. Aqui, chega ao fim aquele processo em cujo início estava a honestidade jurídica, a auto-afirmação do indivíduo como pessoa de direito (forma) e sua vontade de fazer uso da terra (possibilidade), e que persistiu através da aquisição (realidade) da terra (matéria) ela mesma.

Com o que tem lugar uma nova e mais grave assimetria: este processo só pode vir à tona se os indivíduos se afirmarem como pessoas de direito e, assim, como possíveis proprietários de terra, isto é, se cumprirem a primeira regra, o “honeste vive”. Isto aponta mais uma vez para o papel singular desta regra, pois sem o seu cumprimento o direito e as relações jurídicas em geral não são possíveis: daí o seu *status* singular como um dever de direito interno (ver acima). Em compensação, a aquisição concreta da terra pode acontecer igualmente sem o cumprimento da segunda regra, o “*neminem laede*”: é inteiramente possível, para Kant até mesmo muito provável, que a distribuição da terra originariamente comum não se realize conforme esta regra. Não obstante, ela deve ser reconhecida como juridicamente obrigatória e como válida (267, EP p. 103, EB p. 112). Esta assimetria corresponde ao significado de conceitos como forma e possibilidade por um lado e matéria e realidade por outro: o desfecho de um processo como o de aquisição de posse está sempre em aberto; a possibilidade não encerra uma necessidade, mas prepara o caminho para *uma* realidade (entre muitas outras). Agora, contudo, surge mais uma vez a questão sobre a justificação do direito público. Isto se

mostra como indispensável para que se possa conferir à realidade arbitrária, aleatória e possivelmente até injusta (embora jurídica) das relações de posse aquela necessidade que ela não poderia em si mesma apresentar. As condições que são sancionadas através do direito público não são, assim, incondicionalmente justas: elas são qualificadas meramente como lícitas e como de direito. Daí Kant poder afirmar que o “*suum unicuique tribue*” não deva ser traduzido como “dá a cada um o que é seu”, mas como “garante a cada um o que é seu”: o último representa uma simples sanção de relações de posse já existentes e o primeiro possivelmente significaria uma nova distribuição da posse. A finalidade do direito, no entanto, é apenas o regulamento da coexistência dos arbítrios “segundo uma lei universal da liberdade” (230, p. 77) e não o estabelecimento de uma sociedade justa com respeito à propriedade privada. Isto se manifesta também em ambas as regras pseudo-ulpianas que são propriamente jurídicas (na segunda e na terceira, portanto): o “*neminem laede*” exige uma simples omissão e nenhuma ação positiva a favor dos outros e o “*suum cuique tribue*” exige a sanção do *status quo*. A primeira regra, o “*honeste vive*”, que não deve ser totalmente qualificada como jurídica, já que representa um dever interno com respeito ao meu e teu interno, também nada significa quanto a uma sociedade justa, mas simplesmente formula uma lei que tem o indivíduo como seu destinatário. Como *lex iusti*, na verdade, ela quer dizer que todo homem deve ser justo, sendo um tal tipo de justiça definido, no entanto, meramente como honestidade jurídica (igualmente no sentido da *iustitia tutatrix*) ou, quando muito (238, EP p. 56, EB p. 84), como integridade – uma qualidade que também tem a ver com a simples omissão da injustiça.

Embora Kant pretenda fornecer os princípios metafísicos de um sistema de direito, isto não significa nem que o requerido sistema deva abstrair da realidade da relação fática interpessoal dentro de uma comunidade (trata-se precisamente de “*princípios [Anfangsgründe]¹⁶ metafísicos*” e não de uma *doutrina metafísica do direito*), nem que ele seja justo no sentido de uma justiça distributiva primária.

¹⁶ O termo alemão traduzido literalmente poderia significar “fundamentos iniciais” ou “razões iniciais”. Ele remete, portanto, a uma dimensão meramente temporal e à idéia de proposições norteadoras. O termo português “princípios” mantém esta ambigüidade [N. do A.].

6. Os três poderes

A *iustitia distributiva* impõe-se através de tribunais. A ela e à terceira regra pseudo-ulpiana corresponde, assim, o poder judiciário que Kant designa como aquele “que atribui a cada um o seu de acordo com a lei”, portanto, como a aplicação concreta do “*Suum cuique tribue*” (313, EP p. 178, EB p. 155). Mas, haveria uma simetria semelhante também entre os outros dois poderes e as primeiras regras com suas formas de justiça? Começemos com o poder soberano na pessoa do legislador. Quem é o legislador, isto é, o soberano? Kant diz que (1) o poder legislativo “só pode caber à vontade unida do povo” (313, EP p. 179, EB p. 156). A seguir¹⁷, (2) ele fala de um “soberano do povo” [*Beherrscher des Volks*] (317, EP p. 184, EB p. 159 e 323, EP p. 195, EB p. 166), de um “soberano do Estado” [*Staatsherrscher*] no singular (317, EP p. 185, EB p. 159). Finalmente, (3) de um “soberano universal” [*allgemeines Oberhaupt*] que “não pode ser nenhum outro senão o povo unido ele próprio”, embora não deva ser confundido com “o conjunto de indivíduos desse mesmo povo”; para com tal conjunto o soberano tem a relação “do que manda (*imperans*) com o que obedece (*subditus*)”, portanto, com seus “súditos” (315, EP p. 182, EB p. 158), assim como em Rousseau, para o qual os parceiros de direito são ao mesmo tempo autores e destinatários do direito.

Assim, o soberano é o povo. Entretanto, toda república é sempre representativa (341, EP p. 224, EB p. 184), de forma tal que o poder legislativo concreto pode ser exercido, segundo a clássica distinção, por um indivíduo (autocracia), por vários indivíduos (aristocracia) ou por todos os indivíduos (democracia) (338, EP p. 220 s., EB p. 182). Aqui, agora, deixo deliberadamente de lado todos os problemas que se originam da questão da representação¹⁸ e procuro interpretar as relações entre os três poderes à luz da análise precedente.

A vontade soberana e legisladora do povo estabelece as leis que são em si de natureza geral. É somente através da atividade do regente que elas podem se tornar decretos e, portanto, prescrições particulares que se ajustem às circunstâncias reais sob as quais as leis gerais devem

¹⁷ Sigo aqui a edição realizada por Bernd Ludwig, na qual o § 49 da Akademie-Ausgabe corresponde aos §§ 48-49 e o § 47 ao § 50.

¹⁸ Sobre a questão da representação permito-me remeter a PINZANI, Alessandro. *Representation in Kant's Political Theory*. In: J. Joerden, S. Byrd e J. Hruschka (orgs.). *Jahrbuch für Recht und Ethik*. Vol. 15. Berlin: Duncker & Humblot, 2008 (no prelo).

encontrar aplicação. Esta aplicação é então sancionada pela atividade do órgão judiciário que é a instância que por fim confere ao direito o seu caráter peremptório. Neste aspecto, a referência que Kant faz ao silogismo prático (313, p. 156) é bastante fácil de compreender: a lei como princípio geral constitui, então, a premissa maior, o decreto como princípio particular constitui a premissa menor, enquanto a sentença representa a conclusão através da aplicação de ambas as proposições a casos particulares concretos.

Aqui persiste uma analogia quanto à distinção encontrada no direito privado entre, por um lado, possibilidade, realidade e necessidade, e, por outro lado, forma, matéria e base jurídica (ou justificação) de aquisição da propriedade. Na medida em que ela contém apenas princípios gerais, a lei constitui tão somente a moldura dentro da qual devem ser encontrados os critérios concretos (o decreto) que possibilitam eventualmente, então, os juízos sancionantes (a sentença). Na verdade, a analogia não parece poder seguir adiante, a menos que reinterpretemos neste ponto as três regras pseudo-ulpianas, dando-lhes um significado bem além daquele que até agora possuíam.

De acordo com esta re-interpretação (sem que ela seja uma completa transformação), as três regras diriam respeito respectivamente à possibilidade, realidade e necessidade e à forma, matéria e justificação do direito não apenas privado, mas do direito em geral. O “honeste vive” corresponderia, assim, a um princípio formal segundo o qual devem ser obtidas as condições para a regulamentação jurídica das relações inter-humanas. Em nível individual isso acontece através da adoção de uma atitude de integridade ou de honestidade jurídica, e em nível institucional através da promulgação de leis gerais que não dizem respeito ainda a uma relação humana concreta, mas apenas a relações abstratas possíveis. Já o “neminem laede” manifestaria um princípio material segundo o qual as relações inter-humanas devem ser juridicamente regulamentadas de tal forma que nenhuma injustiça aconteça. Em nível individual isso se dá através da abnegação de uma ação injusta contra outros, e em nível institucional através da obtenção de critérios particulares que regulamentem as relações inter-humanas concretas. Quanto ao “Suum cuique tribue” (na interpretação mais minuciosa de Kant), deveríamos tomá-lo como um princípio que se compõe de dois momentos que possuem *status* distintos. O primeiro é meramente um momento descritivo que comprova que uma regulamentação jurídica de relações inter-humanas só é possível na moldura de uma entidade coletiva dotada de um poder sancionante. O segundo momento tem caráter normativo e ordena que uma tal entidade

coletiva seja estabelecida. Este momento normativo que exige a entrada no estado civil diz respeito ao nível individual. É em nível institucional, em contrapartida, que tem lugar aquela sanção dos critérios particulares (em conformidade às leis gerais adotadas), que constitui o momento descritivo do princípio.

Certamente, a questão da justificação do Estado retorna com força aumentada na distinção destes dois momentos na terceira regra. A regulamentação jurídica de relações inter-humanas só é possível através de um poder coercitivo. Isto se segue analiticamente do conceito do direito segundo o qual ele sempre está ligado a este poder (§ D, 231, EP p. 44, EB p. 77). Não é analítica, no entanto, a conclusão de que tal poder compete apenas a uma entidade coletiva organizada estatalmente. Para isso, precisamos de uma condição suplementar que seja sustentada pela observação empírica: no estado de natureza (que é considerado aqui o estado no qual o direito privado já está em vigor, embora em forma provisória) não há uma instância que confira ao direito provisório um caráter peremptório (312, EP p. 176 s., p. 154 s.). Na verdade, em princípio não é impossível que, em um conflito de direito privado, as duas partes se comportem cooperativamente e que cheguem ao acordo de tomar como obrigatória a decisão independente de um terceiro. A simples possibilidade, porém, de alguém se mostrar como não cooperativo e de se negar a adotar a sentença de um juiz basta para justificar o estabelecimento de uma instituição que dispõe de poder coercitivo suficiente para obrigar, com isso, indivíduos indispostos e renitentes a aceitar seu juízo independente. Esta instituição, que deve pertencer assim a um monopólio de poder, é precisamente o Estado. Nesta altura, é interessante notar que a justificação de Kant para a existência do Estado aproxima-se daquela de Hobbes. É sobretudo na figura do soberano que o inglês vê a instância na qual toda guerra de opiniões tem fim, esta que representa a mais perigosa ameaça à paz.¹⁹

7. Direito do Estado e direito das gentes

O povo não é nenhum homem concreto como o é, pelo contrário, o sujeito do direito. Mas ele pode sim chegar à individualidade e tornar-se sujeito de direito: isto ocorre, como se sabe, através do “contrato originá-

¹⁹ Permito-me aqui remeter a PINZANI, Alessandro. *Ghirlande di Fiori e catene di ferro. Istituzioni e virtù politiche in Machiavelli, Hobbes, Rousseau e Kant*. Firenze: Le Lettere, 2006, 139-ss.

rio” (315, EP p. 182, EB p. 158). A “comunidade política em geral” daí procedente, a “*res publica latius dicta*” (338, EP p. 220, EB p. 182), possui uma característica que nós, na verdade, só atribuiríamos aos indivíduos naturais: ela é inviolável. Quando a vontade geral do povo se une em uma sociedade, então esta não é mais uma decisão reversível e a sociedade *deve* “conservar-se perpetuamente” (326, EP p. 199, EB p. 169). Ela possui, por assim dizer, uma obrigação para consigo mesma, para com a coletividade em sua própria pessoa, se é que podemos usar uma tal expressão. Neste aspecto, aqui parece desenvolver-se uma analogia com o preceito da honestidade jurídica no “*honeste vive*”: assim como a primeira regra pseudo-ulpiana proíbe respectivamente a auto-escravidão e a auto-alienação e ordena, portanto, a auto-afirmação como pessoa de direito, também a coletividade não se deve dissolver, mas sim se afirmar sempre novamente como pessoa jurídica. Em nível individual esta auto-afirmação como (possível) pessoa jurídica era a condição para a origem do direito em geral e, particularmente, em primeiro lugar, do direito privado seguido do direito público. Em conformidade com isso, a auto-afirmação como (possível) pessoa jurídica em nível coletivo é condição para a origem das relações jurídicas entre entidades coletivas no plural, para a origem do direito das gentes.

Assim como o direito privado regulamenta as relações entre os indivíduos, o direito das gentes ordena juridicamente as relações entre os Estados. Não por acaso encontramos três momentos no § 54 (no segundo parágrafo, portanto, da seção do direito das gentes): um estado não jurídico no qual os Estados vivem “como os selvagens sem lei”; um estado de natureza como estado de guerra permanente, ainda que não concreto; e uma união dos Estados para pôr fim a este estado anárquico (344, EP p. 227 s., EB p. 186). Ao contrário, porém, do que acontece em nível individual, esta união dos Estados entre si não forma “nenhum poder soberano (como numa Constituição civil), mas somente uma *associação*”, portanto, “uma aliança [...] que pode ser denunciada em qualquer momento” (344, EP p. 228, EB p. 187). O direito das gentes permanece, assim, um direito meramente provisório.

Aqui aparece uma certa aporia no sistema de direito de Kant: nada corresponde em nível interestatal ao surgimento do direito público e do Estado. A tríade introduzida por Kant quanto ao direito do Estado, ao direito das gentes e ao direito cosmopolita só o é *prima facie*, pois o direito cosmopolita é um tipo de especificação do direito das gentes, a saber, aquela parte que regulamenta as relações entre indivíduos, por um lado, e os Estados estrangeiros ou seus respectivos cidadãos, por outro.

O direito cosmopolita não constitui uma extensão do direito em um nível mais alto (como ocorre, em contrapartida, com o direito das gentes em relação ao direito do Estado), nem um avanço a respeito do seu caráter (como ocorre, então, com o direito peremptório em relação ao provisório).

Quando os Estados entram numa federação eles se encontram, de certo modo, sob relações jurídicas uns com os outros. Estas, no entanto, – analogamente ao direito privado individual – possuem um caráter provisório. Já não se trata de um estado de natureza originário, mas também não de um estado de direito. Que Kant realmente pense sobre uma tal situação se mostra no fato de que, nos parágrafos seguintes (de 55 a 60), ele se ocupa da questão do direito de guerra. Ele parte, pois, do princípio de que também neste estado jurídico provisório as guerras são possíveis (embora não legítimas) – tal como no estado de direito privado são possíveis conflitos entre os indivíduos, que podem terminar com a vitória do mais forte e, possivelmente, em injustiça. Em nível individual Kant supera esta dificuldade ao apontar para a necessidade de um Estado, recusando-se a fazer o mesmo em relação ao nível interestatal. O caráter jurídico provisório da federação dos povos relaciona-se, portanto, com a negação de um Estado mundial: discuti-la, no entanto, ultrapassaria o espaço deste trabalho.²⁰

8. Observações finais

De nossa análise depreende-se o papel central que cabe às três regras pseudo-ulpianas dentro da *Doutrina do Direito*. Sob as três fórmulas latinas encontra-se uma tríade, a saber, a “possibilidade – realidade – necessidade” das relações jurídicas, que atravessa toda a *Doutrina do Direito* como uma linha vermelha e que coloca suas diferentes partes em um movimento triádico que fundamenta a origem de um momento do seu precedente com consequência lógica.

Ao mesmo tempo, aparecem aí aporias que devem ser atribuídas menos à lógica interna deste movimento, antes às ressalvas de Kant em aceitar os resultados lógicos do seu raciocínio até a última consequência (como no caso do Estado mundial), ou ao fato de ele colocar entre parên-

²⁰ Permito-me aqui remeter a PINZANI, Alessandro. *Das Völkerrecht*, em: O. Höffe (org.). *Immanuel Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Reihe Klassiker Auslegen. Berlin: Akademie Verlag, 1999, 235-255.

teses questões da justiça distributiva na medida em que ela comportaria uma redistribuição completa da propriedade e a produção de novas relações de posse. Neste aspecto, a teoria do direito de Kant não é de modo algum uma teoria da justiça, mas antes uma teoria daquilo “que está estatuído como direito [*rechters*] (quid sit juris)” (§ B, 229, EP p. 42, EB p. 76). Entretanto, a insistência sobre o momento arbitrário e meramente empírico da distribuição concreta de terra não contradiz a concepção própria de Kant de uma doutrina do direito metafisicamente fundamentada porque, mesmo que esta deva abstrair de elementos empíricos, ela ainda deve ser aplicada a circunstâncias empíricas, como a certas relações de posse, por exemplo. Isto por sua vez não significa que Kant exclua por princípio a possibilidade de uma redistribuição da propriedade. Mas examinar esta questão não é tarefa deste trabalho.

Resumo:

O presente artigo se ocupa com as três regras do Pseudo-Ulpiano introduzidas por Kant na “Divisão geral dos deveres de direito” da *Doutrina do Direito*. A partir destas regras é possível reconstruir a arquitetura sistemática da obra; portanto, elas desempenham um papel central na teoria jurídica kantiana. Contudo, elas levantam também vários problemas interpretativos, a começar da expressão “dever jurídico interno” usada por Kant em relação à primeira regra, o “honeste vive”. O artigo se propõe resolver tais problemas situando os passos problemáticos no contexto sistemático da *Metafísica dos Costumes*.

Abstract:

This article deals with the three Pseudo-Ulpianian rules introduced by Kant in the “General division of duties of right” in the Doctrine of Right. Taking these rules as a starting point one can reconstruct the whole systematic architectonic of this work; they play therefore a central role in Kant’s theory of law. However, they put also a number of interpretative problems, like e.g. the term “internal duty of right” used by Kant with regard to the first rule, “honeste vive”. This article aims to giving a solution to these problems by situating the problematic passages in the systematic context of the *Metaphysics of Morals*.