

**direito  
e  
cultura**



# ***DIREITO E PODER NA CULTURA CHINESA TRADICIONAL***

*António Manuel Hespanha* \*

## **1. INTRODUÇÃO**

### **1.1. A «INTERPRETAÇÃO DENSA» DAS INSTITUIÇÕES**

A descrição das instituições jurídicas e políticas de uma sociedade não é uma tarefa trivial. Na verdade, as formas concretas de organizar dependem de uma «lógica» subjacente, que distingue a organização «lógica» da «ilógica», o «bom governo» do «mau governo», as soluções «justas» das «injustas». E esta lógica, por sua vez, está embebida de preconceitos, de esquemas impensados de apreensão, de pontos de vista, de valorações próprios de uma certa cultura. Por outras palavras, é um fenómeno cultural. Daqui decorrem alguns problemas relativos ao conhecimento da estrutura institucional e jurídica de cada povo, problemas que se agravam quando o observador pertence a uma cultura muito diferente da do mundo institucional observado.

Para o observador «indígena», o problema é o da falta de distanciamento, que o leva a encarar como *lógicas, normais, naturais*, as instituições sob que vive; ou seja a *naturalizar* a sua cultura.

Para o observador estranho, por sua vez, o problema é duplo. Por um lado, o de conseguir aprender o sentido profundo e pleno que as instituições têm para a cultura indígena. Por outro, o de, superando uma atitude etno-centrista, evitar confrontar insensivelmente as instituições indígenas com as suas próprias, reinterpretando-as ou valorando-as de acordo com os seus próprios critérios de racionalidade, de bondade ou de justiça. Ou seja, evitar, por seu lado, *naturalizar* também a sua própria cultura.

Deixemos apenas referenciada a questão da «naturalização» — central, em todo o caso, para uma crítica do pretenso «universalismo»

---

\* Professor Coordenador da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Investigador do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Comissário-Geral da Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses.

das instituições jurídicas ocidentais<sup>1</sup> —, e abordemos brevemente as dificuldades postas ao conhecimento e descrição de uma cultura institucional alheia.

As instituições e o direito são construções culturais. Por meio delas se exprimem concepções e sentimentos muito profundos — frequentemente implícitos e subconscientes — sobre o que é bom e o correcto em termos sociais. As formas concretas de organizar e de disciplinar (a que chamamos instituições) só adquirem todo o seu sentido, todo o sentido que tem para os que participam na cultura que as desenvolveu, se estes sentidos subjacentes forem tornados explícitos. Isto consegue-se por meio de um processo intelectual que reconstitua, a partir do explícito (as normas, a face aparente das instituições), o implícito (as visões do mundo e os saberes em que repousam, os sentimentos que evocam, os valores que visam salvaguardar). Tal processo tem sido designado por *interpretação densa* (Clifford Geertz, 1987), justamente por não se contentar com uma leitura meramente descritiva, leve ou superficial dos fenómenos institucionais, mas visar uma captação de *todos os seus níveis de significação*.

---

<sup>1</sup> Sobre os pressupostos impensados da cultura jurídica ocidental, v. Francois Ost e Jacques Lenoble, *Prolégomènes à une lecture épistémologique des modèles juridiques*, UNESCO, doc. SS-78/CONF. 632/14, 1978. Os autores identificam os seguintes traços da pré-compreensão ocidental do direito (ou ideologia espontânea dos juristas ocidentais): no plano das concepções extra-jurídicas de base, uma ideologia cientista, em que o saber jurídico aparece referido a uma verdade objectiva (seja a «natureza», a «lógica» ou as «relações sociais»); no plano das representações teóricas do direito, ideias como a da estadualidade e da igualdade; no plano dos conceitos organizadores do discurso jurídico, oposições como «direito público — direito privado», «direito objectivo — direito subjectivo» e conceitos como os de «pessoa jurídica», «sujeito de direito», «autonomia da vontade», etc.; no plano da lógica institucional, as relações entre juiz e lei (dominadas pelo modelo positivista legalista), os mecanismos da prova e a certificação dos «factos» (dominados por mecanismos de construção dos factos «jurídicos», autónomos em relação aos factos «da vida»), os mecanismos de resolução de conflitos (modelo da justiça oficial e suas partes). No estudo *Le droit occidental contemporain et ses présupposés épistémologiques*, UNESCO/ Association Internationale des Juristas Démocrates, 1977, os mesmos autores desenvolvem estes pressupostos, estudando as suas raízes na tradição filosófico-jurídica europeia. E no estudo *La philosophie spontanée des juristes et la structure institutionnelle des droits de l'Afrique noire contemporaine face aux transferts des connaissances et des théories juridiques occidentales*, UNESCO, SS-78/CONF. 632/7, abordam os pressupostos culturais dos direitos africanos. O problema do predomínio dos «pontos de vista internos» à cultura jurídica ocidental na análise de culturas jurídicas alheias são sumariados também por G. W. Woodman, «Non-State, unbounded, unsystematic, non-western law», *Sociology of law in non-western countries. Oñati proceedings*, 15 (1993), 103-115. Com especial referência ao direito chinês, v. John H. Barton... [et. ai.], *Law in radically different cultures*, St. Paul, Minn., West Pub. Co., 1983, XXXIX, 960 P.P.; Kim, Hyung I., *Fundamental legal concepts of China and the West: a comparative study*, Port Washington, NY: Kennikat Press, 1981; Foster-Simons, Frances, *The signification of socialist legal «models»: the origins of Chinese socialist law, 1919-49*, 1987.

Tal processo de leitura densa pressupõe um conhecimento muito alargado da cultura observada, pois o sentido das instituições e das normas jurídicas decorre de evocações de outros campos culturais, por vezes muito distantes, (v.g., de concepções sobre a natureza das coisas, sobre o equilíbrio cósmico ou do corpo, sobre a ordem e a desordem, sobre as hierarquias entre as pessoas, entre os sexos, entre as gerações) ou de alusões a símbolos ou sentimentos (v.g., a ditos populares ou de peças literárias clássicas, a números mágicos, a uma particular geometria dos sentimentos, etc.).

Por outro lado, a leitura densa deve incluir a descrição dos usos particulares que cada cultura faz dos diferentes mecanismos institucionais, pois a resolução dos problemas de organização e disciplina sociais nem sempre é feita, nas diferentes culturas, com recursos aos mesmos níveis ou tecnologias disciplinares. Uma cultura resolve com auxílio da ordem doméstica os problemas que outras tratam ao nível, por exemplo, da ordem política (ou estadual).

Para culturas muito ricas e profundamente alusivas, como é a chinesa, esta interpretação densa torna-se difícil para um estrangeiro. As descrições ocidentais da cultura institucional e jurídica chinesa limitam-se frequentemente a uma versão externa e ligeira, em que as normas jurídicas (normalmente, no seu conceito restrito de normas *estaduais*) são isoladas dos seus contextos culturais (dos seus sentidos) e sociais (dos seus usos). A visão que assim se obtém é de uma pobreza tal que um «indígena» a tomará como um exercício humorístico.

Mas a observação superficial tem ainda outros perigos. Como as instituições «indígenas» aparecem desprovidas de profundidade, de uma ligação a concepções ou valores que lhe dêem sentido, o observador (ou os seus leitores) têm a tendência para preencher esse vácuo com as concepções ou os valores da sua própria cultura<sup>2</sup>. E, com isto, falsificamos o universo institucional que estamos a descrever, imputando-lhe, equivocadamente, intenções, sentidos, esferas de acção, que não são os seus, mas os nossos.

Esses equívocos insinuam-se nas próprias palavras<sup>3</sup>. Desde logo, na tradução. As palavras, por um lado, convivem com outras em certos campos semânticos. O seu sentido directo depende das relações de oposição que se estabelecem nesses contextos<sup>4</sup>. Por outro lado, estão

---

<sup>2</sup> Esta atitude é a corrente quando lemos, por exemplo, um romance: integramos os «vazios» da história com recurso a imagens, informações ou enredos de que dispomos no nosso universo mental; cf. Jouve, 1992.

<sup>3</sup> Bünger, 1985.

<sup>4</sup> Pense-se, apenas, nas línguas europeias: «direito», «lei»; «law», «right», «statue»; «ius», «directum». No seio destas combinações, cada membro ganha sentido por oposição aos outros. E, como os conjuntos são diferentes, o sentido de cada termo é diferente de língua para língua, tornando a tradução perfeita muito difícil. V., sobre isto, Gungwu, 1991 [tradução para chinês de conceitos como «direito», «dever», «soberania»; v., do mesmo autor, Wang, Gungwu, *Power, rights, and duties in Chinese history*, Canberra, Australian National University, 1979 (series The Fortie George Ernest Morrison lecture in ethnology)].

cheias de sentidos: uns directos (denotação), outros indirectos (conotação). Quando traduzimos um conceito jurídico (por exemplo, *li* por «costume») não apenas estamos a inseri-lo num campo semântico com oposições diferentes<sup>5</sup>, como estamos a perder todo o universo de alusões que a palavra tinha na língua original.

Mas o uso das palavras, neste caso dos conceitos correntes na linguagem técnica do observador, ainda tem outros efeitos perversos. Por exemplo, quando utilizamos conceitos cunhados para descrever a história jurídica e política ocidental, como «Estado», «feudalismo», «absolutismo», «democracia», «capitalismo» à história de civilizações estranhas. Com o que estamos a insinuar paralelismos (ou diferenças) realmente inexistentes<sup>6</sup>.

Ou quando utilizamos expressões carregadas de sentidos subjacentes — como «tirania», «despotismo» — que, de forma automática, impensada e, portanto, não controlada, impregnam a descrição de cargas valorativas, positivas ou negativas.

O carácter alternativo dos modelos jurídicos não europeus impede também que se lhes apliquem as construções dogmáticas elaboradas

---

<sup>5</sup> «Costume» v. «lei», «doutrina», «jurisprudência», «meros usos», «normas de cortesia».

<sup>6</sup> Acontece, por vezes, também que, nas usuais comparações entre o sistema político-institucional chinês e o europeu, se falsifica a própria realidade histórica europeia, projectando sobre o seu passado categorias que apenas são válidas para o seu presente. É que o que se disse da ilegitimidade de transpor para culturas «exóticas» as categorias do observador vale também para a sua transposição para o passado da própria cultura política, institucional e jurídica europeia. Um exemplo desta leitura «actualizante» das instituições europeias do passado é, em boa medida, a «Introduction» (*maxime*, XXVIII e ss.) de Jacques Gernet à colectânea de artigos publicada por Schramm (Schramm, 1985). Como Gernet imagina que o Antigo Regime Europeu (i) lidava com as categorias políticas actuais, como «Estado», separação entre a ordem doméstica e a ordem política, identificação entre direito e lei; (ii) concebia a economia como uma ordem separada da política; (iii) organizava a sociedade a partir do direito oficial, encontra muitas diferenças entre o espírito das instituições chinesas e europeias que, na verdade, só existem se nos referirmos ao sistema institucional europeu dos sécs. XIX e XX. Por outro lado, também parece exagerada a ênfase que este autor e muitos dos outros que colaboram na mesma colectânea põem no carácter estatista do poder na China antiga (o chamado «despotismo» ou «autocracia» chinesa) e as consequentes diferenças com o Antigo Regime Europeu. Pois, por um lado, também na China o poder do Imperador concorria com um fortíssimo poder doméstico; apenas não existia a concorrência de um poder religioso; e, por outro, *Q pathos* regulamentador (nomeadamente nos aspectos de abastecimento) do sistema imperial chinês também existiu não apenas nas monarquias europeias a partir do séc. XVII, mas fazia ainda parte do ideal de bom governo dos reinos e comunas medievais. Problemático, por razões idênticas, é também o confronto feito por Ladany, 1992, 33 ss. Em todo o caso, enquanto que o pensamento político europeu colocava a manutenção dos equilíbrios sociais e políticos com o cerne do bom governo, o chinês incluía a reforma e o melhoramento (*hua*) no núcleo das funções dos governantes (Gungwu, 1991, 147).

sobre o direito hoje estabelecido no Ocidente. De facto, um dos traços mais comuns dos direitos não europeus é o seu não-estadualismo ou, pelo menos, a coexistência, ao lado da lei estadual, de muitos outros ordenamentos jurídicos, com estruturas de legitimação, fontes, lógicas internas e instâncias de aplicação próprias e autónomas. Neste contexto, as soluções da dogmática jurídica ocidental, constituída à sombra do positivismo, são completamente desajustadas. A *teoria das fontes*, baseada no positivismo legalista e no dogma da exclusividade ou primado da lei, não se adequa a uma situação em que a lei é apenas mais uma das fontes de direito socialmente reconhecidas. A *teoria da interpretação e da integração*, inspiradas no sistemismo do positivismo conceitual (elemento «sistemático») e na relevância de uma intenção reguladora do legislador (legislador «histórico» ou um hipotético legislador «razoável») não pode ser aplicada a uma constelação mutável de ordenamentos, fracamente hierarquizados, e impossível de reduzir a uma lógica comum de valorações de interesses. A *teoria dos conflitos de leis*, elaborada para a regulação dos conflitos entre ordenamentos jurídicos estaduais, funciona mal para esta situação de coexistência de ordenamentos jurídicos de estrutura e âmbito desiguais, em que as hierarquias mútuas parecem decorrer não de regras gerais, mas de sondagens pontuais de cada caso. A *teoria do achamento do direito (Rechtsfindung)*, assente na ideia de que a decisão concreta é uma simples aplicação mecânica da norma geral a um caso particular destoa de práticas jurídicas em que os mediadores jurídicos trabalham criativamente com vários sistemas, imaginando equilíbrios que funcionem bem em cada caso. Disciplinas como a *antropologia*, a *sociologia* e a *história*, que se ocupam dos fundamentos culturais e sociais do direito, do localismo dos vários sistemas jurídicos, e que procuram encarar o direito «a partir de fora», devem ter, nestes contextos pluralistas, uma função heurística e crítica muito mais importante do que aquela que é suposto que assumam no âmbito da teoria estabelecida do direito do primeiro mundo.

Finalmente, o etnocentrismo dos estudos jurídicos e políticos conduz também a desvalorizar a radical especificidade da imaginação política de áreas não europeias. Realmente, crê-se, frequentemente, que a evolução que levou os países destas áreas a formas políticas aparentemente semelhantes às da Europa foi o resultado, não de uma recepção passiva dos modelos ocidentais, mas antes o produto de re-apropriações criativas desses modelos ou de trajectórias políticas próprias<sup>7</sup>. Daí que, independentemente de todas as semelhanças externas, ou mesmo da identidade das denominações (Estado, democracia, partidos, socialis

---

<sup>7</sup> V., a este propósito e neste sentido, Jean-François Bayart, «L'invention du politique en Afrique et en Asie», *Révue française de science politique*, 39.6 (1989), 789-792. Cf., também, mais especificamente sobre a China (e sobre a aplicabilidade à sua história do conceito de «modernidade» e de «modernização»), Will, 1994.

mo, fascismo, código) as formas políticas não europeias devem ser avaliadas como produtos autónomos. É claro, de facto, que o Estado africano ou sul-americano, com todas as contaminações que sofre por parte de formas não estaduais de organização política (organizações clánicas, clientelares, familiares, etc.) não é o Estado europeu. Do mesmo modo, são estranhos à tradição partidária europeia os elementos étnicos, carismáticos, religiosos, dos partidos africanos. A história de sufrágios recentes em Angola, na África do Sul ou em Moçambique — em que os resultados eleitorais ou os resultados políticos se conhecem antecipadamente — mostra que estes não têm o mesmo significado nem produzem os mesmos resultados políticos do que na Europa. O militarismo japonês de entre guerras ou o autoritarismo conservador da Indonésia de Suharto não são o fascismo europeu, nem nas componentes ideológicas e emocionais, nem nas funcionalidades sociais. O socialismo africano tem muito mais de africano do que da tradição socialista europeia. Tal como, no maoísmo, se pode detectar uma presença fortíssima de tópicos da tradição política chinesa, eventualmente muito mais forte do que o legado do marxismo (v. *infra*).

Estes perigos de uma contaminação valorativa da história institucional chinesa, quando feita por ocidentais — quando feita por chineses, os perigos também existem, mas são outros —, são tanto mais reais quanto é certo que a visão europeia da China nunca foi neutral.

## 1.2. A PERSPECTIVA EUROPEIA SOBRE O DIREITO E O PODER NA CHINA

Até ao séc. XIX, a China foi, para os europeus, um país modelo<sup>8</sup>. Os relatos medievais de Marco Polo descreviam Cataio como um império imenso, pleno de grandezas e maravilhas e sabiamente governado. Isto resultava da projecção de algumas aspirações utópicas da Europa de então; mas reflectia sobretudo o atraso relativo da Europa, tecnicamente menos evoluída, artisticamente menos sofisticada, devastada por pestes e fomes e politicamente desunida. Após a descoberta do caminho marítimo para o Oriente, por Vasco da Gama (1498), e da chegada dos portugueses (mais tarde, também dos espanhóis, holandeses e ingleses) à China, os relatos de viajantes<sup>9</sup> e de missionários mantêm o mesmo tom de encantamento. Os jesuítas, sobretudo, foram divulgadores entusiásticos das coisas da China. Estudaram e adoptaram

---

<sup>8</sup> Cf., de entre uma vastíssima literatura, Reichwein, Adolf, *China and Europe; intellectual and artistic contacts in the eighteenth century*, New York, A. A. Knopf, 1925; Hsiao, Chin-fang, *La Chine, inspiratrice du despotisme éclairé*, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1939; Hudson, Geoffrey Francis, *Europe & China; a survey of their relations from the earliest times to 1800*, London, E. Arnold & co., 1931; Pinot, Virgile, *La Chine et la formation de l'esprit philosophique en France (1640-1740)*, Paris, P. Geuthner, 1932.

<sup>9</sup> O mais interessante é, sem dúvida, a Peregrinação, de Fernão Mendes Pinto (c. 1510-1583).



a cultura chinesa, tornaram-se letrados e serviram em postos importantes da corte imperial e defenderam o ponto de vista de que, em virtude da sua disposição natural e da sua cultura, os chineses estavam muito próximos da religião cristã<sup>10</sup>. Isto explica-se, primeiro, por algumas semelhanças entre a visão do mundo e da sociedade de que os jesuítas participavam (*Segunda Escolástica*) e a cosmovisão chinesa (cf. *infra*), depois, pela estratégia jesuítica da missionação, orientada para uma integração, paciente e profunda, na cultura dos povos a missionar<sup>11</sup>. Mas outros grandes pensadores europeus se interessaram pela China: Leibniz (1646-1716), autor de um tratadinho sobre as instituições religiosas chinesas<sup>12</sup>; Christian Wolff (1679-1754), que defendeu a compatibilidade entre a moral chinesa e o cristianismo (e que, por isso, foi afastado da universidade de Halle); Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Voltaire (1694-1778), que criam que na China se respeitava as suas doutrinas políticas, para as quais o poder devia ser a expressão ou da razão ou da vontade geral<sup>13</sup>.

O séc. XIX, época de definitiva hegemonia da tecnologia e da

---

<sup>10</sup> Cf. Gernet, 1982.

<sup>11</sup> Que contrastava com a estratégia, mais apressada e etnocentrista, de outras congregações, como os franciscanos ou dominicanos. Isto explica as tensões entre os jesuítas e a Igreja oficial, a partir do séc. XVII, a propósito da admissibilidade pelo cristianismo dos ritos chineses de veneração dos antepassados. Os jesuítas, para os tornar compatíveis com o cristianismo, negavam o seu carácter religioso, atribuindo-lhes uma natureza meramente laica (de manifestação da piedade familiar, também conhecida entre os europeus); como também ocultavam aos chineses certos aspectos para estes menos aceitáveis da religião cristã [a virgindade de Maria (que tendiam a aproximar da deusa Quanyin), a morte de Jesus na cruz e o carácter pessoal de Deus. Cf., sobre o tema, Gernet, 1982].

<sup>12</sup> «Visto que a China é um grande império que não cede, de facto, à Europa culta em extensão, ultrapassando-a em número de habitantes e em urbanidade (polícia); e visto que na China existe uma moral exterior em certos aspectos admirável, combinada com uma doutrina filosófica — ou melhor, uma ologia natural — venerável pela sua antiguidade e estabilidade e autorizada por ma história de três ou quatro mil anos, muito anterior à filosofia dos gregos, a qual é, no entanto, a primeira de todas as elaboradas na Terra, exceptuados sempre os nossos Sagrados Livros. Seria uma grande imprudência e presunção para nós, chegados de novo junto deles e apenas saídos da barbárie, querer condenar uma doutrina tão antiga, só porque não parece acomodar-se de imediato com as nossas rdinárias noções escolásticas» (G. W. Leibniz, *Novissima sinica, historiam nostri temporis illustratura*, 1697).

<sup>13</sup> Muitos outros grandes intelectuais se interessaram positivamente pela China, desde Goethe (1749-1832) até Adam Smith (1723-1790) e Malthus (1766-1834). Outros, em contrapartida, tinham do Império uma visão negativa. As correntes religiosas mais «puristas» [como, do lado dos católicos, os franciscanos (que acabaram por triunfar junto do Papa) e, do lado dos protestantes, os calvinistas, sobretudo holandeses] tendiam a ver a China como um país de superstições. Autores, como Montesquieu (1689-1755) e Quesnay (1694-1774) tinham também pontos de vista negativos do governo e costumes chineses. Cf. Bünger, 1985, XIX ss.

cultura europeias a nível mundial, trouxe consigo uma enorme autoconfiança dos europeus e a crença no carácter natural ou providencial da sua supremacia no mundo. Ao homem branco, mais sábio, mais civilizado e mais forte, competiria uma tarefa de promoção do resto da humanidade (*the white man's burden*, na expressão de R. Kipling). Esta ideia, inicialmente cunhada para conceber a missão civilizadora branca em África, foi sendo estendida às civilizações do Oriente e, finalmente, à China e ao Japão. Ao mesmo tempo, o interesse generalizado (nomeadamente também de viajantes e comerciantes) pelas instituições chinesas desaparece, pois os europeus tinham conquistado, nos meados do século concessões na costa chinesa, onde gozavam de direitos de extra-territorialidade que os dispensava do cuidado de conhecer o sistema político e jurídico chinês. As instituições chinesas passaram a constituir, quase exclusivamente, o objecto de descrições exóticas, sempre superficiais e frequentemente marcadas pelo imperialismo, pelo preconceito e pelo desprezo<sup>14</sup>.

No século XX, foi preciso esperar pelos progressos da antropologia e da sociologia para que uma visão mais neutra das instituições chinesas se implantasse.

Um dos textos fundadores desta nova orientação é a secção dedicada por Max Weber (1864-1920) ao sistema político-institucional chinês na sua obra clássica *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922). Na esteira de Weber, desenvolveu-se, no Ocidente ou nos meios intelectuais ocidentalizados da China, uma corrente importante de literatura sobre a sua política, as suas instituições e o seu direito. Mas, frequentemente, esta literatura foi dominada por uma preocupação de ordem política-pragmática — a questão da «modernização» da China, ou seja, a do seu «progresso» no sentido dos padrões de desenvolvimento económico, social, cultural e jurídico estabelecidos no Ocidente. E, neste sentido, promoveu uma leitura etnocêntrica das instituições chinesas, que eram, assim, lidas em função da sua proximidade e distância em relação aos modelos ocidentais.

O etnocentrismo compromete mesmo as tentativas de reforma institucional e jurídica. Na verdade, a generalidade das tentativas de «modernização» dos sistemas jurídicos e políticos empreendidos pelos europeus, desde os inícios do século XIX, nos seus territórios coloniais, partiam do princípio não só de que os modelos europeus eram válidos em geral, libertos de condicionantes culturais específicas e correspondentes a exigências da razão e da natureza humana, mas ainda de que representavam o estágio para que tendia toda a evolução da humanidade. Nesta perspectiva, as ordens jurídicas e políticas encontradas na América, na África ou na Ásia representavam estádios anteriores de evolução, que deviam ser superados. Os equívocos destas concepções são hoje manifestos. Não apenas os modelos europeus dificilmente se conseguiram

---

<sup>14</sup> Cf. Bünger, 1985, XVI.

impor e sofrem hoje a contestação dos mais diversos nacionalismos e fundamentalismos, como destruíram, sem substituição generalizada e consensualmente aceite, a organização político-jurídica anterior. Uma boa parte da crise política do mundo pós-colonial deve-se a esta combinação de rejeição europeia e de desenraizamento cultural. Em contrapartida, alguma afirmada atenção à especificidade cultural dos povos não europeus e correspondente desejo de a salvaguardar correspondeu, as mais das vezes, a objectivos racistas e de opressão política. O caso mais notório é o das políticas de «desenvolvimento separado», como o *apartheid* sul-africano. Mas a mesma hipocrisia e oportunismo estão presentes em afirmações como as de que a democracia é estranha à cultura dos povos não europeus ou em situações em que governantes de cultura europeia se reservam poderes quase ilimitados invocando que soluções mais democráticas e participadas contradiriam as especificidades da cultura política das populações ou territórios sobre que governam<sup>15</sup>.

## 2. O PENSAMENTO CLÁSSICO CHINÊS SOBRE A SOCIEDADE E O DIREITO

A filosofia clássica chinesa produziu uma extensa reflexão sobre as questões da sociedade, do poder e do direito. Os pensadores que estabeleceram as correntes fundamentais que influenciarão toda a tradição do pensamento jurídico chinês até à actualidade escreveram entre os séculos VI e III a.C., embora as suas obras tenham sido incessantemente comentadas e, nestes comentários, matizadas e adaptadas a novas circunstâncias.

Inesperadamente (ou talvez não) as grandes questões discutidas a propósito do poder e do direito parecem ser as mesmas que se encontram no pensamento político-jurídico europeu, nomeadamente entre os séculos XIII e XVIII. Já a problemática da filosofia jurídica e política individualista e contratualista europeia dos finais do século XVIII e do século XIX<sup>16</sup> é fundamentalmente estranha ao pensamento chinês, salvo nos períodos, muito recentes, de ocidentalização, como aconteceu na última fase do Império manchú e durante o regime do Kuomintang (v. *infra*). Mas, com o advento do maoísmo, muitos dos temas tradicionais (e, inclusivamente, a terminologia) voltam a surgir, embora integrados numa concepção político-social global diferente e, essa sim, com fortes componentes de raiz ocidental.

---

<sup>15</sup> Sobre esta problemática, v., *infra*, 2.4. e Geertz, 1963; 1967. Realmente, a política ocidental tanto tolera ditaduras do terceiro mundo, com o fundamento da especificidade das tradições políticas locais (Zaire, Indonésia), como intervém selectivamente noutros países a pretexto de os forçar a adoptar os modelos democráticos (Granada, Haiti, Cuba).

<sup>16</sup> Sobre isto, v. Wieacker, 1992, 279 ss.

O problema que se põe, a propósito destas semelhanças, é o da sua explicação. Afastada, por um lado, a ideia de influência chinesa sobre o ocidente<sup>17</sup> e, por outro, a ideia de categorias eternas e universais, resta explicar a coincidência pela isomorfia das reacções dos sistemas jurídicos e políticos em face de contextos (ambientes) político-sociais semelhantes. Ou seja, perante a semelhança de certos estímulos — nomeadamente, estabilidade social ou sua ruptura, harmonia internacional sob a égide de um poder comum ou, pelo contrário, a política de despique e de poder entre as unidades políticas independentes e rivais, bem estar económico ou crise de subsistência — os sistemas jurídicos (e as suas representações intelectuais) tenderiam a auto-arranjar-se segundo gramáticas semelhantes, embora mais ou menos sobre-determinadas pelas características próprias do campo jurídico.

Na exposição seguinte — que apenas pretende constituir uma introdução de trabalho às principais correntes e fornecer pistas de comparação com as experiências europeias — destacam-se três correntes que constituem como que tipos ideais (no sentido weberiano) de representação intelectual do poder e do direito: o confucionismo, o tauísmo e o legalismo.

## 2.1. CONFUCIONISMO

O *confucionismo* baseia-se na obra atribuída a K'ung Fu Tse (latinização, Confúcio ou Confúcius), que viveu entre 551 e 478 a.C., na charneira entre o período designado de «Primavera e Outono» (778-481 a.C.) e o período dos «Estados guerreiros» (480-222 a.C.), na transição entre a época feudal clássica e a do império da dinastia Han (ab 206 a.C.)<sup>18</sup>.

A tradição atribuiu-lhe os «Seis clássicos» (/ *Ching* ou *Livro da evolução*; *Shih*, ou *Livro das Odes*; *Shu*, ou *Livro da História*; *Li*, ou *Livro dos Ritos*; *Yüeh*, ou *Música*; *Chun chiu*, ou *Anais da Primavera e Outono*) e os *Analectos*<sup>19 20</sup>.

---

<sup>17</sup> Que é, fundamentalmente, de excluir, embora, a partir do século XVII, a literatura político-filosófica chinesa, trazida e traduzida sobretudo por jesuítas, tenha sido objecto de interesse pelas camadas cultas europeias.

<sup>18</sup> Sobre a biografia de K'ung Fu Tse e o ambiente sócio-político em que a sua vida se desenrolou, v. Kuang-chuan Hsiao 1979, 79 ss.; Shihlien Hsü 1975, 1 ss. Para a história chinesa e sua periodização, v. Wolfram Eberhard, *A history of China*, London, Routledge & Kegan Paul, 4.<sup>a</sup> ed. rev., 1977.

<sup>19</sup> A atribuição de todos estes livros a K'ung Fu Tse é controversa; alguns deles poderão conter ensinamentos anteriores; outros, em contrapartida, poderão ser da autoria de discípulos seus. V., sobre o assunto, Shihlien Hsü 1975, 14-24, nomeadamente a tabela da p. 18 (texto Shihlien Hsü 1975, 18).

<sup>20</sup> Cf., sobre o confucionismo da vastíssima bibliografia, Lowe, Joseph Dzen-Hsi, *The traditional Chinese legal thought*, Berkeley, Calif., U.S.A., 1984; MacComack, Geoffrey, *The spirit of traditional Chinese law*, Athens, University of Georgia Press, 1995.

K'ung Fu Tse foi um tradicionalista que propunha um retorno aos antigos costumes e ritos (*li*) do período áureo da dinastia Chou por meio de uma incessante tarefa da restauração da ordem social recta (*cheng ming*, «rectificação») e de educação do povo, baseada num governo dirigido pelos princípios da humanidade e da rectidão (*jen*). A sua obra foi completada pela dos seus discípulos — dos quais os mais importantes são Tsë Ssu (335-289 a.C.)<sup>21</sup>, Meng Tse (372-289 a.C., latinização, Meneio ou Mencius)<sup>22</sup>, Hsün Tse (335-238 a.C.)<sup>23</sup> e Tung Chung-shu (177-104 a.C.)<sup>24</sup> — e exerceu uma contínua influência sobre o pensamento e a prática política chinesa até à actualidade<sup>25</sup>.

Os costumes (ou «ritos», «instituições», *li*) então vigentes eram ainda os da dinastia Chou (1028-256 a.C.), embora já em decadência. K'ung Fu Tse foi um estudioso (um letrado, *ju*) dos antigos costumes sociais e de corte. Na impossibilidade de obter indicações suficientes

---

<sup>21</sup> Neto de K'ung Fu Tse, insistiu na cópia da natureza como padrão da acção humana. É-lhe atribuída a autoria de *Chung Yung* ou *A via da média* (ed. *Confucius. Confucian analects, The Great Learning & the Doctrine of the mean*, ed. bilíngue com notas exegéticas e dicionário de todos os caracteres por James Legge, New York, Dover Publications, s/d).

<sup>22</sup> Meng K'o Tse adoptou as ideias confucianas sobre um governo fundado na humanidade (*jen*) e na rectidão (*i*), representando a ala «democrática» do confucionismo pela sua afirmação da natureza boa do homem e, consequentemente, (i) da necessidade de basear o governo no consenso dos governados, expresso nos costumes estabelecidos (*li*); e (ii) da responsabilização dos governantes em face dos governados, até ao limite de aceitar a legitimidade da desobediência, da revolta e, mesmo, do tiranicídio. Meng K'o Tse é o autor do *Livro de Mencius*, que teve grande influência na China durante a era Sung e, na Europa, nas correntes iluministas democráticas que antecederam a revolução francesa (v.g., Voltaire e Rousseau). Edição moderna, *The sayings of Mencius*, trad. por James Legge, New York, The Colonial Press, 1900 (reed. *The works of Mencius*, Dover Publ., New York, s/d). Trad. franc., Ssu shu, *Confucius et Mencius: Les quatre livres de philosophie morale et politique de la Chine/traduits du chinois par M. G. Pauthier*, Paris, Charpentier, 1858. Sobre Meneio, Wei, Cho-min, *The political principles of Mencius*, Washington, D. C., University Publication of America, 1977.

<sup>23</sup> Hsü Tse representa a corrente «autoritária» do confucionismo. Partindo da ideia de que a natureza humana era basicamente má, exaltou o papel do governante na disciplina social, embora se afastasse dos legalistas, ao considerar que o governo se devia basear na virtude e na educação do povo e não na mera imposição, pelo poder, das leis e dos castigos.

<sup>24</sup> Tung Chun-shu foi o mais destacado representante do confucionismo durante o período inicial da dinastia Han, durante a qual as correntes legalistas e tauístas contribuía(m) (de forma diversa) para a glorificação do poder e para a desvalorização do ensinamento de Kung Fu Tse, chegando a ser ordenada a queima de todos os seus livros. Tung Chun-shu realçou o papel da história como fonte de inspiração da política, ao revelar os costumes recebidos e aceites atavicamente pela comunidade e ao fornecer modelos de actuação (precedentes) para o futuro.

<sup>25</sup> Edições modernas em inglês: *The I Ching*, trad. de James Legge, New York, Dover Books, s/d.; *Confucius. Confucian analects, The great learning & The doctrine of the mean*, ed. bilíngue com notas exegéticas e dicionário de todos os caracteres, New York, Dover Books, s/d.

sobre as instituições, mais antigas, das dinastias Yin e Sung, adopta as da dinastia Chou (*Chou li*), que passam a ser o seu ideal de organização social e política a restaurar (cf. Kung-chuan Hsiao 1979, 93 ss.). Para designar este esforço de reconstituição das instituições antigas e já em processo de dissolução, K'ung Fu Tse cunhou um termo que se tornou central no vocabulário político chinês até à actualidade— «rectificação» (*cheng-ming*). Conceito que, se num sentido mais estrito significava «o ajustamento dos poderes e deveres dos governantes e dos minis

忠	<i>chung</i> , lealdade (para com o Imperador)
孝	<i>hsiao</i> , piedade filial
卷	<i>chüan</i> , poder.
仁	<i>jen</i> , benevolência, justiça (justeza)
法	<i>fa</i> , lei
禮	<i>li</i> , direito, ritos
卷禮	<i>ch'uan-li</i> , direitos (políticos e civis)

tros, dos superiores e dos inferiores, de acordo com as tradições do período mais florescente do mundo feudal de Chou», (Kung-chuan Hsiao 1979, 98), num sentido mais vasto designava todo o movimento destinado a pôr as coisas no seu lugar próprio e a dar-lhes os nomes verdadeiros (i.e., adequados, tradicionais, naturais). A rectificação começava por uma tarefa terminológica de restaurar os nomes verdadeiros das coisas; mas esta «política da linguagem» continha objectivos mais amplos, pois a designação correcta das coisas não era senão a condição para conhecer a sua verdadeira natureza e restaurar a ordem que naturalmente lhes competia<sup>26</sup>. Neste sentido mais vasto, então, a rectificação consiste « em dar às coisas os nomes que verdadeiramente as descrevem, de modo a distinguir entre o certo e o errado e instituir uma norma universal que possa distinguir o verdadeiro do falso, o justo do injusto, o benéfico do prejudicial, o lógico do ilógico, a forma apropriada da inadequada» (Shihlien Hsü, 1975, 46). Se isto não acontecer, o resultado será a confusão terminológica, a desordem ética e a anarquia política. Assim se justifica a sua enfática afirmação de que «governar é rectificar» (*Analectos*, liv. XII, cap. 17)<sup>27</sup>.

O programa de rectificação envolve uma dupla estratégia. Primeiro, colocar o governo na mão de homens superiores, virtuosos e instruídos, o que apontava para um domínio da política pelo saber<sup>28</sup> (tal como

<sup>26</sup> Cf. Texto em Shihlien Hsü 1975, 47 (*Analects*, liv. 13, cap. 3).

<sup>27</sup> A principal fonte para a doutrina da rectificação e para as estratégias práticas de a realizar é o livro *Primavera e Outono* (v. Shihlien Hsü 1975, 53 ss.).

<sup>28</sup> Texto em Shihlien Hsü 1975, 50, 51 [(Ta Tai Li, cap. sobre «As palavras do Mestre» (Chu Yen)].

aconteceria na Europa, no período medieval e primo-moderno, quanto à relação entre os políticos e os juristas). Depois, promover a educação do povo através do exemplo, da «rectificação» das relações sociais pela restauração dos antigos costumes (*li*) e, em caso limite, pela imposição de leis (*fa*).

A ideia de «rectificação» está intimamente relacionada com a da existência de uma ordem social que pode ser apreendida pela observação da natureza e da sociedade; ideia que podemos também encontrar na filosofia ocidental, sobretudo na aristotélica e tomista, base da teoria social europeia entre os séculos XIII e XVIII<sup>29</sup>.

De facto, uma das técnicas de encontrar a verdadeira ordem da sociedade e de decidir correctamente em matéria de governo é imitar os fenómenos naturais<sup>30</sup>. Tal como a sociedade bem ordenada, a natureza constitui um conjunto harmónico de entidades desiguais e a forma como na natureza se realiza essa redução do plural e do contraditório à unidade e à harmonia constitui uma fonte indispensável de inspiração para o governante. Mas, para além disso, a natureza constitui uma espantosa combinação de mutabilidade e de constância; mutabilidade, porque aí se dão transformações sucessivas; constância, porque toda a mudança obedece a leis indisponíveis e permanentes. Tal como nas sociedades, que são organismos vivos e em contínua transformação, mas que possuem também normas fundamentais de organização que escapam à vontade humana e se perpetuam no tempo<sup>31</sup>. É justamente porque capta esta tensão entre o que muda (e pode mudar) e o que permanece (e deve permanecer) que a história, como manifestação no tempo da natureza da sociedade, ganha também uma enorme importância para o político<sup>32</sup>.

O conceito chave, na filosofia política confuciana, para descrever o estado de harmonia social é *li*. O *li* — que pode ser traduzido, por costumes, instituições tradicionais, «ritos» ou cerimonial — constitui um código não escrito de comportamento e, nessa medida, um factor de socialização e de disciplina social que, sendo consumado, encaminha a sociedade e os próprios indivíduos para um estágio supremo de harmonia exterior e interior, que o confucionismo — tal como as alegorias

---

<sup>29</sup> V. Hespanha, 1992, 3.1.

<sup>30</sup> «Os céus e a terra instruíram as formas e o governante sábio completa o processo da evolução. O homem age consultando Deus, para o que mesmo as pessoas comuns têm capacidade» («Grande Appendix» ao *Livro da Transformação*, liv. 1, cap. 11). A esta capacidade para compreender a ordem cósmica e os princípios da sua evolução, que possibilita o julgamento racional dos fenómenos, chama o confucionismo / (cf. Shihlien Hsü 1975, 38 ss.).

<sup>31</sup> As relações entre a observação da natureza e a prática do governo estão especialmente contidas no *Livro da Transformação*; sobre o tema Shihlien Hsü 1975, 62 ss..

<sup>32</sup> Sobre a importância da história para a política confucionista, v. Dell'Aquila 1981, 161 ss. e Shihlien Hsü 1975, 53.

europeias dos séculos XVI e XVII — identifica com a música (*Yüeh*)<sup>33 34</sup>

Se a «rectificação» constitui a principal função do governo, o *li* constitui o seu principal programa e método, uma vez que os costumes, os ritos e os cerimoniais fornecem os mínimos detalhes para um programa de rectificação<sup>35</sup> e, logo, de governo — desde o calendário das actividades dos governantes (de acordo com os ritmos sazonais), até à fundação de escolas e de instituições de caridade, da regulamentação da agricultura e do artesanato, à administração da justiça, à organização da burocracia e da milícia. Mas, do mesmo modo, o *li* assigna os limites do poder, pois o mesmo *li* que legitima a acção dos governantes justos, legitima a rebelião dos súbditos contra os injustos.

Levada a cabo a rectificação e modelada a sociedade pelo *li*, as pessoas ocuparão o seu lugar na ordem social, haverá paz e harmonia em todos os níveis das relações sociais, ou seja, na família, entre os amigos e no Estado. De facto, a sociedade não constitui uma amálgama inorgânica de indivíduos, mas uma rede organizada e hierarquizada de relações (*lun*). O confucionismo identifica cinco relações principais (*wu lun, wu tien*) — as relações de amizade, os três tipos de relações domésticas (entre irmãos, entre marido e mulher e entre pais e filhos) e a relação política, entre o súbdito e o governante. Daí que a instauração da harmonia se tenha que levar a cabo em todos os níveis de organização da vida social e não possa ser uma tarefa exclusiva (ou até primordial) do Estado, nomeadamente mediante a imposição de uma ordem coerciva por parte dos governantes, pois o Estado não abarca senão uma parte das relações sociais. E, porventura, a menos decisiva, pois — tal como no pensamento político europeu de Antigo Regime — a célula social fundamental é a família: não apenas enquanto círculo de sociabilidade (de educação) mais imediato e mais quotidiano das pessoas, mas também enquanto modelo dos outros estádios de organização social, nomeadamente do Estado.

Na verdade, o pensamento confuciano acolhe também a ideia da centralidade da «casa»<sup>36</sup> e da família e da sua harmonia para a harmonia social — «A rectificação entre o homem e a mulher constitui a grande lei da natureza [...]. Quando as relações entre os pais e os filhos, entre os irmãos e entre o marido e a mulher são rectificadas, a tranquilidade universal será recuperada» (T'uan Chuan, pt. II, hex. 37, *apud* Shihlien Hsü, 1975)<sup>37</sup>. Como acolhe a ideia de que o mundo doméstico deve

<sup>33</sup> Texto Shihlien Hsü 1975, 94/95 (*Li Chi*, liv. I, sec. 1, pt. 1, cap. 5).

<sup>34</sup> Sobre as relações entre a política (*li*) — que se dirige à harmonia exterior da sociedade — e a música (*yüeh*) — que se dirige à harmonia interior do espírito — com o ambiente social, v. Shihlien Hsü 1975, 99 ss. Cf. texto em Shihlien Hsü 1975, 102.

<sup>35</sup> Cf. Shihlien Hsü 1975, 96 ss.

<sup>36</sup> Cf., para o papel da «casa» no pensamento político europeu de Antigo Regime, a obra de O. Brunner (sobre ela, v. Hespanha, 1982, 31 ss.).

<sup>37</sup> V. texto em Shihlien Hsü, 1975, 67.



constituir o modelo do mundo político, pela emulação, ao nível do reino, das virtudes e sentimentos próprios do mundo familiar: a lealdade política deve imitar a piedade familiar, a solidariedade entre cidadãos deve imitar o amor entre irmãos, o amor paternal deve inspirar a benevolência do governante<sup>38</sup> — «o que o *Livro da mudança* diz dos deveres do bom filho 'Sê obediente a teus pais, sê fraternal para com os teus irmãos'. Estas qualidades são também de exercer no plano do governo». Isto constitui, portanto, o exercício do governo!» (*Analectos*, liv. 2, cap. 21). Também o *Livro da poesia* compara frequentemente o amor dos governantes pelo povo com o amor entre os amantes.

O que acaba de ser dito reenvia para duas ulteriores ideias. A primeira, a do papel fundamental da benevolência (*jen*) e da procura do justo meio na arte de governo. A segunda, a do papel apenas subsidiário do Estado na consecução da ordem social.

Quanto ao primeiro aspecto. A ideia de benevolência (*jen*) anda intimamente ligada à ideia de amor referida no parágrafo anterior. A ideia de «média» ou de «justo meio» (*chung*) anda associada — tanto no pensamento chinês, como no pensamento europeu, desde Aristóteles até à Segundo Escolástica — à noção de equilíbrio e, por aí, à imagem da sociedade como um todo orgânico e equilibrado. Manter o «justo meio» consiste, justamente, em evitar os extremos, em não desequilibrar, em procurar consensos, em rejeitar o artificioso ou, inclusivamente, a solução brilhante, mas não *ajustada*: «Havia Shun. Ele era, sem dúvida, um homem muito sábio (prudente). Shun gostava de colocar questões aos outros e estudar as suas respostas, embora estas pudessem ser superficiais. Podava o que estava mal nelas e adoptava o que estava bem. Afastava-se dos extremos, determinava a média, e então empregava-a no governo do povo» (*Chung Uns*, cap. VI, apud Shihlien Hsü, 1975, 121/122). Atingir este «justo meio» significa adoptar uma metodologia intelectual que os europeus também conheceram — designando-a, desde Aristóteles, por «tópica» e «teoria da argumentação» — e propuseram como meio de pensar a política — considerar o problema do maior número possível de pontos de vista e ponderá-los, depois, com a maior imparcialidade<sup>39</sup>.

A exploração dos fundamentos psicológicos e éticos da doutrina do «justo meio» está contida no *Chung Yung* [ou «Doutrina (via) do justo meio»], uma obra dos primeiros tempos do confucionismo<sup>40</sup>. Aí adopta-se um ponto de vista também muito comum à filosofia europeia desde

---

<sup>38</sup> Cf. Shihlien Hsü 1975, 66 ss., 114 ss. Sobre o amor como técnica de governo, v. Shihlien Hsü, 115 ss. e *Analectos*, liv. 5, cap. 25. Sobre a família como fundamento do Estado cf. *Analectos* III, 10/15; X, 2/7/15; XI, 25.

<sup>39</sup> Para a teoria tópica europeia v., em resumo, Hespanha, 1993, 2.1; para a mesma ideia no confucionismo, Shihlien Hsü, 121 s.

<sup>40</sup> Ed. moderna, James Legge (trad. e ed.), *Confucius. Confucian Analects, The Great Learning & The Doctrine of the Mean*, New York, Dover Publ., s/d., texto bilíngue, notas exegéticas e dicionário dos caracteres.

Aristóteles à Escolástica (e Segunda Escolástica) — a de que o homem constitui uma ordem equilibrada (*chung*), consistindo a virtude (cada virtude) (na terminologia confuciana, «verdade», *ch'eng*) num justo meio entre dois extremos (cf. Shihlien Hsü, 1975, 198 s.). A regra de vida, a doutrina, a via (*yung*) para a harmonia interior (*chung*) devia ser promovida pelo governo segundo certos princípios como a educação, a confiança mútua entre governantes e governados, a concórdia das palavras com os actos, a actuação de acordo com a posição de cada um (o que os europeus chamaram «honra», na época moderna), o governo proporcionado à situação, etc. (cf. Shihlien Hsü, 1975, 206 ss.).

Quanto ao papel do Estado e das tecnologias coercitivas na instauração da disciplina social. Já antes se disse que a harmonia social depende, antes de tudo, da capacidade de cada um para entender a natureza e para, no seu relacionamento social, a imitar (*I*), bem como da sua benevolência (ou amor, *jen*) para com os outros. Mas depende também da observância dos costumes e instituições estabelecidos (*li*) que, embora estejam de acordo com a natureza boa da generalidade dos homens, devem ser promovidos pela educação dirigida pelo ideal de «rectificação»<sup>41</sup>.

Os ritos, como formas que traduzem a razão das coisas são obedecidos espontaneamente (*ziran*, espontaneidade) pelas pessoas bem educadas. Daí que o administrador nunca devia intervir nos assuntos daqueles que administra. Apenas para aquela classe de homens incapazes de aprender, deve ser utilizada a coerção, como meio subsidiário de realizar a ordem social<sup>42</sup>. Em todo o caso, a lei (*fa*) e a coerção que lhe anda associada nunca deixam de ser um meio degradado, insuficiente e relativamente ineficaz de disciplina<sup>43</sup>, para além de que pressupõem, para serem legítimas, um governo dominado pelos princípios da benevolência e da rectidão<sup>44</sup>.

Nesta ordem natural assegurada pelos ritos não há lugar para a concepção de direitos ou liberdades individuais. A ordem social não era o resultado do equilíbrio entre os direitos, naturais, individuais, anteriores à ordem social e política, das pessoas. A ordem era o começo de tudo, ninguém dispendo de outros ou mais direitos do que aqueles que ela atribuía ao estatuto (diferente) de cada um. A espontaneidade (*ziran*) não destruiria a ordem, antes a realizaria<sup>45</sup>.

A oposição entre os costumes, o direito não escrito, as instituições

---

<sup>41</sup> Texto em Shihlien Hsü, 1975, 164 (*Analectos*, XIII, 3).

<sup>42</sup> Cf. texto em Shihlien Hsü, 1975, 163 (*Analectos*, XVI, 9).

<sup>43</sup> Cf. textos em Kuang-chuan Hsiao, 1979, 377 e 378 (*Tso Chuan*); e Shihlien Hsü, 1975, 125.

<sup>44</sup> Texto em Shihlien Hsü, 1975, 165 (Hsu Tse, liv. 28).

<sup>45</sup> Sobre o exotismo, do ponto de vista da tradição cultural e política chinesa, da ideia de direitos individuais, v. Wang Gungwu, «Power, rights and duties in Chinese history», 1991, 165-187.

tradicionais, a harmonia estabelecida (*li*)<sup>46</sup> e o direito legislado, «artificialmente» criado pelo poder (*fa*) constitui um ponto central da filosofia confucionista do direito.

Numa organização política concebida deste modo, o papel reservado aos governantes não pode deixar de ser residual.

Cabe-lhes, naturalmente, a educação. Mas entendida, como já vimos, como um poder-dever, já que os ideais educativos não eram fixados pelo governante, antes lhe eram anteriores. Para além de que esta educação devia recorrer, sobretudo, aos meios «doces» da benevolência e do amor. Em todo o caso, o pensamento político confuciano insiste muito mais nesta função educativa dos governantes do que o pensamento político europeu tradicional, pois na Europa esta função cabia mais directamente a um poder que, aqui, estava separado do poder temporal, a Igreja. Na representação confuciana da sociedade chinesa, num certo sentido muito mais laicizada, as tarefas educativas, embora partilhadas por todos os corpos sociais, incumbiam também muito claramente aos governantes.

Cabe-lhes, depois, assegurar a subsistência do povo e garantir o seu bem-estar material, incentivando a agricultura, o abastecimento, regulando os preços, etc.<sup>47</sup>. Mas, tal como na Europa tradicional, distinguia-se cuidadosamente o bem estar do povo do bem estar financeiro da coroa, censurando-se uma política fiscal de excesso e de dureza<sup>48</sup>.

Em todos estes domínios, o rei deve proceder como um servidor. Servidor dos Céus, servidor dos costumes estabelecidos e, finalmente, servidor do povo. Neste sentido, o governo deve ter em conta a opinião pública, deve garantir o consenso dos governados, deve operar para bem do povo e deve guardar, nas suas acções, de igualdade e imparcialidade. Para além de que — correspondentemente — o rei pode ser deposto com fundamento na tirania, assim se legitimando a revolução<sup>49</sup>.

## 2.2. TAUÍSMO

O tauísmo baseia-se na obra de Lao Tse (c. 480-390 a.C.), uma figura lendária de cuja biografia (ou mesmo existência) pouco se sabe<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Sobre o *li* como direito não escrito — *Analectos* III, 18/19; IV, 13; XII, 25; XIII, 4; XIV, 44; como factor de disciplina moral — *Analectos* XII, 1; como factor de harmonização — *Analectos*, VIII, 7.

<sup>47</sup> Cf. Shihlien Hsü 1975, 130, 134.

<sup>48</sup> Cf. Shihlien Hsü 1975, 137.

<sup>49</sup> Este aspecto foi sobretudo destacado pela corrente «democrática» do confucionismo, nomeadamente por Meng K'o Tse (Mencius, 372-289 a.C.).

<sup>50</sup> Sobre o tauísmo, *Beitrag zur rechtlichen Stellung des Buddhismus und Taoismus im Sung-Staat. Übersetzung der Sektion Taoismus und Buddhismus aus dem Ching-Yuan Tiao-fa Shihlei (Ch. 50 und 51)*, por W. Eichhorn, Leiden, E. J. Brill, 1968; Peerenboom, R. P. (Randall P.), *Law and morality in ancient China: the silk manuscripts of Huang-Lao*, Series «SUNY series in Chinese philosophy and culture», Albany, State University of New York Press, 1993.

A sua filosofia é, em geral, dominada pela ideia de um retorno às formas mais elementares da vida natural, recusando as noções de bem e de mal, a busca da riqueza, do poder ou do saber e recomendando uma regra absolutamente quietista (*wei-wu*) e desprendida de viver. Neste sentido, recusava inclusivamente as ideias confucionistas de educação e de aperfeiçoamento social por meio da benevolência (*jen*) e da observância dos antigos costumes (*li*)<sup>51</sup>, cultivando um extremo pessimismo em relação, quer aos antigos ritos e costumes, quer a qualquer projecto de aperfeiçoamento por meios do governo e das instituições<sup>52</sup>.

O tauísmo constitui uma filosofia essencialmente intimista, voltada para o aperfeiçoamento individual e, neste sentido, a sua importância para o pensamento político e jurídico é relativamente menor.

### 2.3. LEGALISMO

As concepções políticas que destacavam o papel dos governantes correspondem ao período de enfraquecimento da dinastia de Chou (1028-256 a.C.) — o ideal semimítico de organização social e política para que remete a obra de K'ung Fu Tse — e à sua substituição por novos senhores feudais que, longe de serem detentores da antiga legitimidade das casas feudais cessantes, antes tinham usurpado o seu poder. Os antigos ritos e normas de disciplina social e política tinham perdido o seu antigo prestígio e, para além disso, as novas unidades políticas feudais (que remontam à última fase do período «Outono e Primavera» [(778-481 a.C.) e ao período dos «Estados guerreiros» (480-222 a.C.)], os novos Estados envolvem-se numa política de poder que os leva a guerras de engrandecimento territorial.

Perante isto, surgem duas orientações no pensamento político. Uma é a dos que pretendem restaurar (por uma política de 'rectificação») os antigos ritos (*li*) da dinastia Chou (como é o caso de K'ung Fu Tse), outra a dos que, perante a decadência da antiga ordem, pretendem impor outra nova, artificial, fundada político-socialmente no «poder» (*shih*), baseada teoricamente na «política» ou «métodos de governo» (*shu*) e imposta pela «lei» (*fa*). Este é o caso dos «legalistas», de que se destacam Shang (Shang Yang<sup>53</sup>) e Han Fei Tse<sup>54</sup>. Para estes, salvar

---

<sup>51</sup> A principal recolha do tauísmo é o *Tao Te Ching* (ou *Doutrina do poder da Via*). Uma edição moderna da clássica tradução de James Legge é *The texts of Taoism. The Tao Te Ching of Lao Tzù. The writings of Chung Tzù* (vol. I), *The T'ai Shang Tractate. The writings of Chuan Tzù* (vol. II), New York, Dover Books, s/d..

<sup>52</sup> Cf. sobre o ambiente social e biográfico que podem explicar estas atitudes, Kuang-chuan Hsiao 1979, 280 s..

<sup>53</sup> M. 338 a.C.; aparentemente não escreveu qualquer obra, Kuang-chuan Hsiao 1979, 373/4; ed. moderna, Shang, Yang, *The book of Lord Shang: a classic of the Chinese school of law*, trad. com introd. e notas de J. J. L. Duyvendak, Chicago, Univ. of Chicago Press, 1963. Sobre a tradição legalista, Liang, Chi-chao [Leang K'i-tch'ao], *La conception de la loi de les theories des legistes a la veille des Ts'in*, tradução, interpretação e notas de Jean Escarra, Robert Germain, Pekin, China Booksellers, 1926.

dar os antigos ritos e costumes não tinha qualquer sentido, quer em virtude da mudança dos tempos<sup>55</sup>, quer porque os «velhos tempos» não tinham sido uma época de ouro da espécie humana, já então corrompida — «se os povos da antiguidade não se importavam com os bens materiais não era porque fossem benevolentes, mas porque os bens existiam em abundância. Se os homens de hoje lutam e roubam, não é porque sejam egoístas, mas porque os bens são escassos» (Han Fei Tse, *apud* Kung-chuan Hsiao, 1979, 391). Neste sentido, os legalistas chineses, como os partidários do absolutismo europeu, representavam pontos de vista reformistas no plano social e político, acusando os defensores de uma ordem ético-social e jurídico-política limitada pelo direitos e ritos estabelecidos, como K'ung Fu Tse ou Meng K'o de «doidos ou farsantes, ao afirmarem aderirem a doutrinas de há 3000 anos» (Han Fei Tse, *apud* Kung-chuan Hsiao, 1979, 408).

O poder (*shih*) é agora encarado como um valor em si mesmo, independentemente daquela vinculação do poder à ética e à virtude do governante (à sua benevolência, *jen*) que caracterizava o pensamento político confucionista<sup>56 57</sup>. Neste sentido, o pensamento político legalista aproxima-se do amoralismo do pensamento político de Maquiavel. O governo deixa de ser uma ciência de perscrutar a natureza das instituições sociais estabelecidas e passa a ser uma arte de as reorganizar e de criar efeitos jurídico-políticos novos. Uma arte que exige um método (*shu*) e um pessoal político especializado nisso e — tal como os «comissários» na doutrina absolutista europeia do serviço público — absolutamente dependente da direcção e do favor real, estritamente vinculados à lei, sem qualquer capacidade de autonomia nos seus julgamentos<sup>58</sup>.

Pelas mesmas razões, o direito legislado (*fa*) ganha agora uma

---

<sup>54</sup> M. em 233 a.C.; influenciado pelo tauísmo e estudioso de Hsun Tzu, o representante da corrente «pessimista» e «legalista» do confucionismo; dele resta o *Livro de Han Fei Tzu* (grande obra de síntese da escola legalista), Kuang-chuan Hsiao, 1979, 374. Ed. moderna *The complete works of Han Fei Tsü*, London, Probstain, 1939 e 1959 (trad. de W. K. Liao). Excertos de Han Fei Tse e Shang Yang em Wade Baskin (ed.), *Classics in Chinese philosophy*, Totowa, New Jersey, Helix Books, 1974.

<sup>55</sup> Texto em Kuang-chuan Hsiao, 1979, 391.

<sup>56</sup> «Chieh [um tirano incompetente], no papel de Filho dos Céus, pôde impor o seu governo em todo o império; já Yao [que depois se tornou num governante bom e sábio], enquanto foi uma pessoa comum, não conseguia manter três pessoas em boa harmonia», «a razão pela qual os cavalos podem suportar grandes pesos e puxar carroças durante grandes distâncias reside na força dos seus músculos. O senhor que reina sobre um Estado de dez mil carros, ou o que tem mil carros de guerra pode impor o governo ao império e desenvolver campanhas para submeter os príncipes feudais pelo seu poder e capacidade de aterrorizar. Estes são os músculos do poder do governante» (citações de Han Fei Tse, *apud* Kuang-Chuan Hsiao, 1979, 382 s.).

<sup>57</sup> Texto de Han Fei Tse, *apud* Kuang-chuan Hsiao, 1979, 383/384.

<sup>58</sup> Textos em Kuang-chuan Hsiao, 1979, 410.

completa independência e supremacia em relação ao direito tradicional e aos bons costumes' («ritos», *li*). Na lei concretizam-se e tornam-se patentes e obrigatórias as normas de disciplina da sociedade oriundas do método de governo (*shu*) — «Todos os grandes temas dos governantes de homens são objecto ou das leis (*fa*) ou dos métodos de governo (*shu*). As leis são compiladas em documentos, registadas nas repartições do governo e promulgadas a todo o povo. Os métodos de governo são escondidos no seio, são desenvolvidos para se adequarem a todas as contingências do governo e para controlarem completamente os súbditos. Por isso, as leis funcionam melhor quando são claramente reveladas, enquanto que os métodos não devem ser tão óbvios»<sup>59</sup>. Este primado da lei tem como consequências, não apenas um muito maior esforço do poder na edição e difusão do direito (que, agora, passa de «natural» e «vivido» a «artificial» e «oficial»), mas ainda numa exaustiva organização de tribunais e instâncias de aplicação do direito estadual e numa política penal fortemente repressiva e disciplinadora (Kung-chuan Hsiao, 1979, 398 ss.). Por outro lado, todas as ideias de vinculação do direito legislado a outros padrões jurídicos, éticos, rituais, etc., de comportamento é abertamente combatida. Como diz Shang Yang, «Uma vez estabelecida a lei, ninguém a deve perturbar com conversas moralistas» ou «uma vez estabelecida a lei, o governante que se dê ao cuidado de observar os seis parasitas perecerá... os seis parasitas são os *Ritos*, a *Música*, *Odes* e *História*, cultura moral e virtude, piedade filial e amor fraternal, sinceridade e fé, castidade e integridade, benevolência e rectidão, anti-militarismo e vergonha de fazer guerra»; ou seja, todos os padrões de comportamento, incluindo os contidos nos «Cinco Livros» da filosofia política tradicional do confucionismo (*apud*, Kung-chuan Hsiao, 1979, 404)<sup>60</sup>. A própria piedade e benevolência (padrões fundamentais dos ideais de governo de K'ung Fu Tse), por parte dos governantes, derogando ou dispensando a lei, deveriam ser estritamente evitadas<sup>61</sup>.

Esta mesma exaltação do poder leva a que se sobreponha o Estado à família e a política à piedade familiar<sup>62</sup>, bem como o Estado à ética das relações inter-pessoais e a política à amizade<sup>63</sup>. Com isto, o espaço de privacidade cedia totalmente ao espaço do interesse público.

Como consequência, os legalistas não só rejeitam a teoria da legitimidade da desobediência, como tinha sido exposta por K'ung Tse, ou mesmo do tiranicídio, desenvolvida por Meng K' o — «os servidores servem os seus

---

<sup>59</sup> Está aqui presente uma tensão entre publicidade e segredo de Estado que aparece também no pensamento político europeu do período absolutista.

<sup>60</sup> Textos de Shang Yang e de Han Fei Tse em Kuang-chuan Hsiao, 1979, 403/404.

<sup>61</sup> Textos de Han Fei Tse em Kuang-chuan Hsiao, 405 (I e II) e 407.

<sup>62</sup> Texto Kuang-chuan Hsiao, 1979, 387.

<sup>63</sup> Texto Kuang-chuan Hsiao, 1979, 387/8.

senhores; os filhos servem os pais; as mulheres servem os maridos», «mesmo que o governador seja indigno, os servidores não devem ousar infringir os seus interesses» — mas negam mesmo a legitimidade de os súbditos avaliarem criticamente — ainda que, indirectamente, por elogios feitos a outrem — os méritos dos seus soberanos<sup>64 65</sup>.

Mas, tal como no absolutismo europeu o direito passou a ser, na actividade governativa, complementado pela política, também aqui se propõe que o/a seja complementado pelos «métodos» (i.e., pela arte de governo, o *shu*), como conjunto de regras por meio das quais o governante cria as condições para que a lei seja cumprida (i.e., se produzam leis adequadas) e, sobretudo, controla os seus oficiais<sup>66</sup>. Os métodos — tais como os *arcana imperil* (i.e., segredos do governo) do absolutismo europeu — constituem a face oculta e reservada da actividade governativa. Eles visam descobrir a competência e seriedade dos funcionários, coarctar o seu poder («poda as tuas árvores de tempos a tempos e não as deixes tornar muito grossas», aconselha metaforicamente Han Fei Tse), resistir à adulação, não confiar em ninguém<sup>67</sup>. Tudo máximas que o pensamento político europeu também formulou, numa das suas linhas de evolução na época moderna — a dos «políticos», que vai de Maquiavel (séc. XV) aos teorizadores do absolutismo iluminado (séc. XVIII).

Por detrás destas posições quanto à política estão, naturalmente, concepções absolutamente pessimistas quanto à natureza do homem, encarado como mau e incapaz de fazer espontaneamente o bem; concepções que estavam em total oposição, não apenas com a antropologia optimista de Meng K'o, mas ainda com o relativo pessimismo de Hsun Tse (que, embora considerasse os homens naturalmente maus, os considerava capazes de actuar bem, se dirigidos ou educados)<sup>68</sup>.

Na sequência delas está uma arte de governo dirigida para uma política de poder, em que o estado deve incentivar apenas as actividades que possam aumentar a capacidade bélica, nomeadamente a agricultura e a milícia, a produção e monopólio de matérias estratégicas como o sal, o ferro e o vinho. Do mesmo modo, os estadistas deviam preocupar-se com a regulamentação da vida económica e com o aumento dos recursos

---

<sup>64</sup> Texto Kuang-chuan Hsiao, 1979, 385.

<sup>65</sup> Esta oposição entre o moralismo da teoria confuciana do poder e o amoralismo das teorias do Shang Yang e de Han Fei esbate-se nas escolas neo-confucionistas do período Sung e Ming (Kuang-chun Hsiao, 1979, 386).

<sup>66</sup> Cf. Kuang-chuan Hsiao, 1979, 410 e ss.

<sup>67</sup> Textos em Kuang-chuan Hsiao, 1979, 412, 413, 414, 415.

<sup>68</sup> Cf. Kuang-chuan Hsiao, 1979, 389. Existem alguns contactos entre este pessimismo e aquele que levava o tauísmo a propor uma absoluto quietismo político (cf. Kuang-chuan Hsiao, 1979, 420 ss.). Mas o quietismo tauísta, se considerava inútil qualquer ideia de «rectificação» dos costumes pelos ritos ou pela benevolência e rectidão, cria ainda menos na eficácia das leis.

<sup>69</sup> Cf. Kuang-chuan Hsiao, 1979, 456 ss.

fiscais do estado, o que deu origem a uma literatura sobre estes temas<sup>69</sup> que tem muitos paralelos com a literatura europeia dos «arbitristas» e, mais tarde, dos «cameralistas» e da «ciência da política». Em contrapartida, todas as outras actividades, nomeadamente as culturais e artísticas deveriam, no limite, ser suprimidas<sup>70 71</sup>.

Em todo o caso, a importância da «lei» (*fa*) como instância de regulamentação social não deve ser, mesmo agora, exagerada.

Já tem sido notado<sup>72</sup> que as decisões imperiais (*zhaoling*) têm um carácter quase exclusivamente «administrativo», representando providências tomadas pelo imperador para resolver questões de organização e de governo, muitas vezes puramente pontuais.

Por um lado, elas não destronam, o direito que regula as relações sociais entre particulares, que continua a ser o conjunto dos costumes que, nas classes superiores, correspondiam ao conceito de *li*.

E, por outro, não dispõem das características (de especial dignidade, de generalidade) que o pensamento jurídico contemporâneo atribui à lei<sup>73</sup>. A decisão geral não se distingue da providência especial. Os textos que reúnem as decisões dos imperadores não se distinguem claramente de textos histórico-literários que dão conta das acções destes. É que a cultura jurídica chinesa (tal como a cultura jurídica europeia tradicional) não conhecia, de facto, o princípio da separação de poderes, nem classificava as actividades do poder de acordo com a tripartição legislativo, executivo e judicial que este estabeleceu, atribuindo à primeira função uma hierarquia superior, correspondente à tarefa de fixar a ordem normativa de acordo com a qual as outras duas se exerceriam<sup>74</sup>.

Se, dentro destas decisões do Imperador, quisermos isolar aquelas que, pela sua dignidade, poderiam aproximar-se das leis ocidentais, teríamos que partir da distinção entre *yu*, éditos promulgados por

---

<sup>70</sup> Texto Kuang-chuan Hsiao, 1979, 394.

<sup>71</sup> Cf. I, 394. Este aspecto da inconveniência do saber privado — de que também se podem encontrar certos ecos no pensamento político absolutista europeu, nomeadamente em relação ao saber jurídico — ; destacado pelo epígono do legalismo, Li Ssu (c. 280-208 a.C.) (cf. Kuang-chuan Hsiao, 1979, 436). Texto em Kuang-chuan Hsiao, 1979, 394.

<sup>72</sup> Vandermeersch, 1985.

<sup>73</sup> Note-se que o pensamento jurídico europeu medieval também não distingue claramente a lei de outros actos normativos (v.g., determinações individuais: rescritos) do rei. Cf. Hespanha, 1988, 318 ss.

<sup>74</sup> A classificação das funções do Estado distinguia entre actos de decisão (a cargo da chancelaria imperial, *mengxiasheng*, e do secretariado, *zhongshusheng*), actos de execução (a cargo dos «mestres dos documentos», *shangshudheng* e dos órgãos locais) e actos de controle («corpo de censores», *yushitai*). Cf., sobre as semelhanças e diferenças com o Ocidente, Vandermeersch, 1985, 5. A hierarquia dos actos do Estado relacionava-se antes com a importância «litúrgica» ou ritual da actividade ou da pessoa a quem se dirigia (*ibid.*, 12).



iniciativa própria, e *zhi*, rescritos emitidos a pedidos dos interessados<sup>75</sup>. São os primeiros, que revestem a maior dignidade.

Dentre eles, destacam-se aquelas providências normativas estabelecidas por antigos governantes e ratificadas sucessivamente pelos seus sucessores, relativas à manutenção da ordem social, nomeadamente à disciplina penal — *lii*, leis, e *ling*, instruções complementares. A sua antiguidade demonstrava que se tratavam verdadeiramente de constantes da vida social; o facto de estarem integradas em códigos dá-lhes o carácter de uma totalidade orgânica e harmónica. A palavra *lii*, que denota as leis da harmonia musical, traduz justamente a proximidade entre este direito imperial e o direito que provém da natureza.

A primeira codificação de *lii* terá sido feita pelo primeiro imperador Han, que reduzirá drasticamente o corpo de normas penais da dinastia Qin. Foi aperfeiçoada durante as dinastias Han e Tang (o *Tanglü shuyi* data de 737), tendo-se mantido, nas sucessivas versões de cada dinastia, até ao fim do Império. Cada dinastia, costumava reunir as suas «leis» num código. O código Tang tinha 500 artigos, que se mantiveram, basicamente, sob os Song. Os Ming fixaram o número de artigos em 460 (em 1397). Com a dinastia Qing esse número diminuiu para 436<sup>76</sup>.

Complementar dos *lii* eram os *ling*, instruções permanentes destinadas a interpretar e complementar os *lii*. A promulgação da última compilação conjunta dos *ling* teve lugar com os Ming, em 1367; pois, a partir do século XVI, as compilações começaram a especializar-se. As provisões de natureza penal foram reunidas, sob a designação de *tiaoli* (leis suplementares) na colectânea *Wenxing tiaoli* («Leis suplementares dadas por forma de resposta a questões judiciais», eds. em 1500, 1549). As provisões relativas à estrutura do Estado e ao funcionamento da administração, por sua vez, foram codificadas nas *Da Ming huidian* («Constituições do Grande Ming», 1502; revistas em 1550 e 1587). Os Qing promulgaram os *Da Qing liuli* («Leis principais e suplementares do Grande Qing», 1740) e as *Da Qing huidian* («Constituições do Grande Qing», 1690, 1733, 1763, 1818 e 1899)<sup>77 78</sup>.

---

<sup>75</sup> Vandemeersch, 1985, 8 ss. (também sobre as várias categorias de éditos). No período Qing: mandatos (*zhi*, ordens solenes a magistrados), cartas de lei (*zhao*, decisões com força permanente dirigidas a todos os oficiais e povo em geral), patentes (*gao*, decisões genéricas, nomeadamente concedendo distinções honoríficas); decretos [*chi*, decisões concedendo distinções honoríficas a oficiais inferiores ou comunicadas a países estrangeiros (*chiyu*)].

<sup>76</sup> Cf. Vandermeersch, 1985. Sinopse dos códigos chineses em Balazs (ed.), *Traité juridique du «Souei-chou»*, Leyden, Brill, 1954, 208. Sobre estes códigos, D. Bodde & C. Morris, *Law in imperial China*, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 1967. Sobre as fontes de direito na dinastia Qing, cf. Sybille van der Sprenkel, *Legal institutions in Manchu China*, London, Athlone Press, 1962.

<sup>77</sup> Sobre o trabalho compilador dos Qing, v. Th. Metzger, *The internal organisation of Ch'ing bureaucracy*, Chicago, Mass., Harvard Univ. Press, 1973. Texto: (*Ta Ching lu*) *The Great Qing Code*, trad. William C. Jones, Tianquan Cheng e Yongling Jiang, Oxford, Clarendon Press, Oxford University Press, 1994.

O apogeu do legalismo deu-se com Li Ssu (c. 280-208 a.C.)<sup>79</sup> que, todavia, não inovou fundamentalmente em relação às posições anteriores. A partir daí, o legalismo influenciou ainda razoavelmente o pensamento político chinês, nomeadamente durante a dinastia Han, e permaneceu como a permanente contra-face do confucionismo e dos seus ideais de governo benevolente e guiado pela virtude.

#### 2.4. O LEGADO DO PENSAMENTO POLÍTICO-JURÍDICO TRADICIONAL

Apesar do impacto do legalismo, sobretudo durante as fases mais autoritárias do império, o confucionismo teve uma influência permanente sobre o pensamento político e jurídico chinês e — o que é ainda mais importante — sobre a modelação do imaginário social chinês sobre o direito e justiça.

Nomeadamente em três aspectos.

Em primeiro lugar, na convicção que a boa ordem social repousa essencialmente sobre a observância das regras correctas de viver, tal como são aceites numa sociedade; e não sobre qualquer disciplina que seja imposta autoritariamente do exterior.

Em segundo lugar, na opinião de que as leis são, pelo menos, inúteis; mas normalmente prejudiciais. E como o confucionismo reservava a disciplina legal (*fa*) para as classes mais baixas, incapazes de serem disciplinadas pelos meios «doces» da educação, domina o sentimento de que agir por mera imposição legal não é próprio das pessoas elevadas. Estas, movem-se sobretudo pela observância de códigos de honra, eventualmente bastante rigorosos, cuja sanção é apenas a ameaça da perda do respeito social.

Em terceiro lugar, que os litígios se devem resolver fora dos tribunais oficiais, por processos arbitrais e de compromisso. De tal forma que — como em algumas zonas e épocas da cultura europeia, influenciadas por um modelo ideológico-jurídico semelhante, o do direito canónico<sup>80</sup> —, os processos compromissórios e espontâneos de resolução dos litígios são muito mais aceites do que uma justiça oficial, distante, cara e morosa, capaz de adjudicar autoritariamente a razão a uma das partes, mas incapaz de realizar um consenso duradouro de todos os interessados.

As perspectivas históricas que acabam de ser abordadas ganham, em virtude, desta sua permanência em níveis muito profundos da

---

<sup>78</sup> Sob os Han, foram ainda feitas colecções de exemplos (jurisprudenciais) de aplicação das normas codificadas (*bi*, exemplos; ou *ke*, casos julgados).

<sup>79</sup> Não deixou escritos; v. biografia e textos em Baskin, 1974, 237 ss.

<sup>80</sup> Sobre a mediação no direito europeu, v. alguns dos textos de A. M. Hespanha (coord.), *Justiça. História e prospectiva*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. Sobre a mediação nas culturas populares não europeias da actualidade, Boaventura Sousa Santos, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Coimbra, 1980.

sociedade chinesa, uma acuidade política muito grande, pois condicionam os intentos de «modernização» jurídica da sociedade chinesa.

A estratégia de «modernização» (e a correspondente teoria que lhe subjaz — «teoria da modernização») foi sobretudo desenvolvida nos anos sessenta, como linha de orientação da política das potências europeias em relação às sociedades não europeias «subdesenvolvidas». Ainda que não se contestem as intenções generosas do projecto, tanto os seus fundamentos teóricos como os seus resultados práticos têm sido objecto, recentemente, de severas críticas.

No plano teórico, tem-se dito que a «teoria da modernização» — que parte de uma certa leitura de Max Weber — adopta uma perspectiva teleológica, linear (e, além do mais, eurocêntrica) do devir histórico que concebe a evolução das sociedades como o desenrolar de um perfil único cujas metas são, sempre e em todo o lado, a tríade «economia de mercado — democracia representativa — primado da lei e codificação». O que isto contém de redução da complexidade e da variedade dos processos de evolução é evidente, como também o é o decalque absoluto que se faz do sentido que dominou a evolução europeia.

No plano da prática, os fracassos desta estratégia têm sido clamorosos. No domínio da economia, a transposição dos modelos de organização e de desenvolvimento económico dominantes no mundo europeu (capitalista ou socialista), para além de ter resultado, em geral, num progressivo empobrecimento relativo do «terceiro mundo», teve sempre que defrontar-se com uma resistência tenaz das formas «irracionais» e «pré-modernas» de cálculo e organização das economias tradicionais.

No domínio político, a democracia representativa mal conseguiu estabelecer-se fora da área da cultura europeia, nomeadamente por se basear num imaginário individualista e contratualista da sociedade que ignora formas de sociabilidade política (familiares, clientelares, clânicas, tribais, religiosas) muito vivazes nas sociedades não europeias, tal como o eram na Europa de Antigo Regime. A facilidade com que, a partir da Europa, se pronunciam juízos negativos sobre a vida política das regiões não europeias (tribalismo, clientelismo, nepotismo, corrupção) não representa senão a incapacidade de se dar conta da artificialidade, noutras latitudes (e, mesmo, em certas regiões europeias), dos modelos políticos «estaduais» europeus e a força estruturante de modelos alternativos, que a Europa também já conheceu.

Finalmente, no plano jurídico, o estudo dos resultados, entre caricatos e trágicos, a que tem levado o afã de implantação, fora da Europa, do modelo legalista está estudado. E os peritos mais conscientes têm hoje a noção clara de que a transferência das tecnologias jurídicas da área europeia para áreas culturais diferentes levanta problemas sócio-culturais (e até técnico-jurídicos) muito complexos, devendo ser antecedida de cuidadoso levantamento das culturas jurídicas dos países destinatários e de estudos sobre os efeitos preversos (um dos quais pode ser, pura e simplesmente, o «não efeito») da exportação dos modelos jurídicos ocidentais, quer no plano da normação (legalismo), quer no

plano da resolução dos conflitos (justiça oficial). Os actuais surtos fundamentalistas de certas culturas não europeias — durante décadas submetidas a processos intensivos de «modernização» — aí está a provar os resultados (não imaginados e muito menos queridos) de se perder de vista a especificidade, a alteridade e a resistência dos modelos culturais próprios de cada sociedade. E não é de estranhar que a própria Europa passe em breve, dentro de si mesma, por este reacordar dos particularismos culturais e políticos regionais.

A história dos intentos recentes de modernização do direito chinês, nomeadamente durante o período do *Kuomintang* são elucidativos. Enquadrados num plano de «modernização» da sociedade chinesa<sup>81</sup>, foram elaborados seis grandes códigos, inspirados sobretudo nas codificações francesa e alemã. No entanto, na opinião de um grande comparatista «estes códigos [...] poderiam ter sido úteis para regular as relações com os bárbaros no Ocidente; mas não penetraram verdadeiramente na consciência e nos costumes do povo chinês; até porque não existia na China nenhuma classe de juristas apta a desempenhar o papel dos juristas ocidentais» (René David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, 1964, 530). Ao passo que, a propósito do mesmo facto, um outro estudioso do direito chinês contemporâneo afirmou que «não se tratando, embora, de puras e simples traduções de textos estrangeiros, é preciso reconhecer que porções importantes desta legislação apresentam um carácter teórico e abstracto, em contraste absoluto com as condições sociais e económicas da China» e que «não se teve suficientemente em conta esta verdade de que codificar é, essencialmente, ter em consideração o estado e as aspirações jurídicas de um país num momento determinado da sua evolução»<sup>82</sup>. O próprio Sun-Yatsen proferiu, em 1924, palavras de grande cepticismo em relação à adopção inconsiderada das tecnologias (materiais, políticas e jurídicas) ocidentais<sup>83</sup>.

Não admira, portanto, que o regime socialista — mais enraizado nas bases camponesas e populares do que nos grupos «compradores» e ocidentalizados das cidades abertas ao exterior — tenha feito marcha atrás no processo de ocidentalização do direito, e não apenas pelas razões ideológicas de distanciamento em relação ao ocidente capitalista. E, assim, apesar do impacto das concepções legalistas e autoritárias sobre o direito, dominantes no período estalinista (v.g., de Vijinsky), produziu-se uma muito maior abertura a ideias que — descontada uma roupagem teórica e ideológica nova (e ainda uma prática eventualmente

---

<sup>81</sup> Os estudiosos do período (o chamado «decénio de Nanquim», 1928-1937) salientam o carácter artificial desta ocidentalização, contrariada por disposições culturais profundíssimas, desprovida de quadros humanos treinados «à ocidental» para a levar a cabo, restrita às cidades voltadas para o exterior (cf. Dell'Aquila, 1981, 174).

<sup>82</sup> Escarra, 1936, 106 (cit. por Dell'Aquila, 1981, 176).

<sup>83</sup> Cf. Dell'Aquila 1981, 175.

não consequente ou mesmo perversa) — estavam no centro das concepções tradicionais do pensamento político-jurídico chinês (nomeadamente do confucionismo)<sup>84</sup>.

Por um lado, a função sobretudo educadora (ou re-educadora) do poder<sup>85</sup>. Depois, o enraizamento do direito nas convicções populares de justiça (aquilo a que agora se chamava uma «linha de massas»)<sup>86 87</sup>.

Finalmente, a promoção da arbitragem como meio normal de resolução de conflitos<sup>88</sup>, com a correspondente instituição de tribunais comunitários e com a intervenção de juizes e assessores não juristas como agentes de mediação.

## 2.5. FONTES E BIBLIOGRAFIA SECUNDÁRIA

Para além das edições de fontes indicadas a propósito de cada autor, existe uma cómoda selecção das obras dos mais importantes filósofos chineses, onde se publica, para além de uma nota biográfica resumida de cada autor, excertos representativos da sua filosofia (embora o livro não esteja organizado na perspectiva da filosofia política, mas da filosofia em geral, pelo que alguns dos textos não nos interessam muito directamente). Trata-se do livro de Wade Baskin, *Classics in Chinese philosophy*, Totowa, New Jersey, Helix Books, 1974.

Uma introdução à filosofia chinesa, desde as origens à actualidade, é constituída pelo livro de Fung Yu-Lan, *A short history of Chinese philosophy* (ed. por Derk Bodde), New York-London, Free Press (Macmillan Publishing Co.), 1948 (com sucessivas reedições). Existe

---

<sup>84</sup> Apesar da animosidade oficial em relação ao confucionismo.

<sup>85</sup> Agora, do Partido; e, frequentemente, a educação é entendida como a explicação não apenas da linha do Partido, mas ainda das leis e decretos estaduais (e não, como no confucionismo, de um direito que estava bem para além destes).

<sup>86</sup> Sobre o conceito de «linha de massas», Dell'Aquila, 1981, 196 ss., segundo o qual a fórmula que obriga os tribunais a julgar «segundo a linha das massas», usada no artigo da Constituição chinesa de 1975 sobre a administração da justiça (art. 25) deve ser entendida como acolhendo o princípio de que «os critérios basilares para a solução das controvérsias, não devem ser impostos de fora, pelos órgãos que detêm os poderes públicos, mas antes devem ser elaborados, directa ou indirectamente pelo povo» (p. 198).

<sup>87</sup> Assim, os conflitos inter-individuais são vistos — tal como no direito tradicional europeu — como algo que implica toda a sociedade envolvente, cujo equilíbrio depende de uma sua resolução justa («ajustada», «adequada»). Assim, todos os conflitos ganham uma conotação política (*hoc sensu*, dizem respeito à *polis*) e devem ser tratados de forma correspondente (cf. o texto de Maozedong, *Sobre a justa resolução das contradições no seio do povo*, discurso de 27.2.1957). Novamente se dá por descontado o que, na prática política, se entendeu por «resolução política» ou que conteúdo foi dado a essa «política».

<sup>88</sup> Cf., sobre este aspecto, Dell'Aquila, 1981, 177 ss. e bibl. aí citada [nomeadamente Cohen, «Chinese mediation on the eve of modernization», *California Law Review*, 54 (1966); Lubman, «Mao and mediation: politics and dispute resolution in communist China», *ibid*, 55 (1967)].

uma outra tradução (também por Derk Bodde) da obra mais vasta do mesmo autor: Fung Yu-Lan, *History of Chinese philosophy*, 1952-1953.

Especialmente sobre a filosofia política, são de realçar duas obras: o clássico Kung-chuan Hsiao, (trad. de F. W. Mote), *A history of Chinese political thought*, 2 vols., Princeton University Press, 1979 (existem edições chinesas; inclui glossários anglo-chineses e um magnífico índice temático); e, mais especificamente sobre o confucionismo, Leonard Shihlien Hsü, *The political philosophy of Confucianism. An interpretation of the social and political ideas of Confucius, his forerunners, and his early disciples*, London, Curzon Press, 1975.

Outras obras:

Bloodworth, Dennis, *The Chinese Machiavelli: 3,000 years of Chinese statecraft*, Bloodworth, New York: Farrar, Straus and Giroux, 1976.

Ames, Roger T., *The art of ruler ship: a study of ancient Chinese political thought*, Albany, State University of New York Press (PhD. diss.), 1994.

Fu, Zhengyuan, *Autocratic tradition and Chinese politics*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1993.

Liang, Chi-chao, *History of Chinese political thought during the early Tsin period*, London, K. Paul, Trench, Trubner; New York, Harcourt, Brace, 1930.

McKnight, Brian, E., *Law and order in Sung China*, Cambridge [Inglaterra], New York, Cambridge University Press, 1992.

Meissner, Werner, *Philosophy and politics in China: the controversy over dialectical materialism in the 1930s*, Stanford, Califórnia, Stanford University Press, 1990.

Mais especificamente sobre a filosofia jurídica chinesa, a bibliografia é muito vasta. Seleccionamos alguma.

Aquila, Enrico dell', *Il diritto cinese. Introduzione e principi generali*, Padova, Cedam, 1981, que constitui uma boa exposição da tradição filosófico-jurídica chinesa, bem como uma síntese das actuais grandes linhas de evolução do direito chinês.

Bodde, Derk, & Morris, Clarence, *Law in Imperial China. Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases*, Cambridge (Mass.), Harvard Univ. Press, 1967.

Chang, Wei-jen, *Traditional Chinese legal thought*, Cambridge, Mass., East Asian Legal Studies Program, 1992.

Chen, Phillip M., *Law and justice; the legal system in China 2400 b. C. to 1960 a. D.*, New York, Dunellen Pub. Co., 1973.

Ch'u, Tung-tsu, *Law and society in traditional China*, Paris, Mouton, 1965.

Escarra, Jean, *Chinese law and comparative jurisprudence*, Tientsin, La Librairie Francaise, 1926.

Escarra, Jean, *Chinese law: conception and evolution, legislative*

*and judicial institutions, science and teaching*, University of Washington, Seattle, Peking, 1936.

Hok-lam Chan and Wm. Theodore de Bary (coord.), *Yuan thought: Chinese thought and religion under the Mongols*, New York, Columbia University Press, 1982.

Hsiao, Ching-fang, *Les conceptions fondamentales du droit public dans la Chine antique*, Paris, Recueil Sirey, 1940.

Lowe, Joseph Dzen-Hsi, *The traditional Chinese legal thought*, Berkeley, Calif., U.S.A., 1984.

MacCormack, Geoffrey, *The spirit of traditional Chinese law*, Athens, University of Georgia Press, 1995.

MacCormack, Geoffrey, *Traditional Chinese penal law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1990.

Needham, Joseph, *Human law and the laws of nature in China and the West*, London, Oxford University Press, 1951.

Peerenboom, R. P., «Natural law in the 'Huang-Lao Boshu'», *Philosophy East and West*, 40 (1990), 309-21.

Ren, Xin, *Tradition of the law and law of the tradition: law, state and social control in China*, (PhD. diss.), 1992.

*Thought and law in Qin and Han China: studies dedicated to Anthony Hulsewe on the occasion of his eightieth birthday*, dir. W. L. Idema and E. Zürcher, Leiden, New York, E. J. Brill, 1990.

Tseng, Yu-hao, *Modern Chinese legal and political philosophy*, Shanghai, China, Commercial Press, 1934.

Vandermeersch, Léon, *Wangdao: ou, La voie royale: recherches sur l'esprit des institutions de la Chine archaïque*, Paris: Ecole française d'Extrême-Orient, 1977-1980, 2 vols.

Wang, Ching-tao. *Confucius and new China: Confucius' idea of the state and its relation to the constitutional government*, 1912 (Shanghai, The Commercial Press).

Wang, Gungwu, *Power, rights, and duties in Chinese history*, Canberra, Australian National University, 1979.

Weggel, Oskar, *Chinesische Rechtsgeschichte*, Leiden, E. J. Brill, 1980.

Sobre os problemas actuais de política do direito, antes abordados. Sobre a «teoria da modernização», M. Weiser (ed.), *Modernization: the dynamics of growth*, New York, Basic Books, 1966 (em que se publica o artigo de Marck Galanter, «The modernization of law»). Crítica, sobretudo do ponto de vista histórico, em H.-U. Wehler, *Modernisierungstheorie und Geschichte*, Göttingen, 1975. O problema é também abordado no meu prefácio à colectânea de textos, *Justiça. História e prospectiva*, Lisboa, Gulbenkian, 1993. O problema da transferência das tecnologias jurídicas europeias para contextos não europeus foi abordado na «Reunion d' experts pour examiner les premiers résultats de recherches entreprises sur les conditions du transfert des connaissances» (Veneza, 26-30 Junho de 1978); parte das comunica

ções aí apresentadas foram publicadas em AA.VV., *Dominar o compartilhar*, Paris, UNESCO, 1983. Para o caso asiático, cf. Buxbaum, *Traditional and modern institutions in Asia and Africa*, Leiden, 1967 e *Studies in the law of the Far East and South-East Asia*, publ. Washington Foreign Law Society & George Washington University Law School, Washington, 1956. Especificamente sobre a China, Pierre-Étienne, Will, «Chine moderne et sinologie», *Annales, EC. Soc. Civ.*, 1 (1994), 7-26.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

- AA.VV. (1982), *Il diritto e il rovescio*, Milano, Volontà, 1982.
- Baskin (1974), Wade, *Classics in Chinese philosophy*, Totowa, New Jersey, Helix Books, 1974.
- Blaustein (1962), A. P. (ed.), *Fundamental legal documents of communist China*, 1962.
- Bünger (1985), Karl, «The Chinese State between Yesterday and tomorrow», in Schramm, 1985.
- Capella (1985), Juan Ramón, *Entresueños. Ensayos de filosofía política*, Barcelona, Içaria, 1985.
- Cerroni (1962), Umberto, *Marx e il diritto moderno*, Roma, 1962.
- Cerroni (1976), Umberto. *O pensamento jurídico soviético*, Lisboa, Europa-América, 1976.
- Chiba (1976), Masaji, «The search for theory of law», *Sociologia del diritto*, 1976.
- Chiba (1989), Masaji, *Legal pluralism: toward a general theory through Japanese legal culture*, Tokyo, Tokai University Press, 1989.
- Cohen (1970) (ed.), J. A., *Contemporary Chinese law: research problems and perspectives*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1970.
- Cotturri (1972), Giuseppe, *Diritto eguale e società di classi. Per una critica di manuali tradizionali*, Bari, De Donato, 1972.
- Dell' Aquila (1981), Enrico, *Il diritto cinese. Introduzione e principi generali*, Padova, CEDAM, 1981.
- Escarra (1936), Jean, *Le droit chinois*, Paris, 1936.
- Geertz (1963), Clifford, «The integrational revolution. Primordial sentiments and civil politics in the new States», em Geertz, Cl. (ed.), *Old societies and new States. The question for modernity in Asia and Africa*, London, Free Press of Glencoe, 1963.
- Geertz (1967), Clifford, «Politics past, politics present: some notes on the contribution of anthropology to the study of the New States», *European Journal of Sociology*, 8 (1967), 1-14.
- Geertz (1987), Clifford, «Descripción densa: hacia una teoría interpretativa de la cultura», *La interpretación de las culturas*, Mexico, 1987.
- Gernet (1982), Jacques, *Chine et christianisme*, Paris, Gallimard, 1982 (trad. ingl., *China and the Christian impact*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1986).
- Gungwu (1991), Wang, *The chineseness of China. Selected essays*,



Hong Kong, Oxford Univ. Press, 1991.

Hespanha (1978), António Manuel, *A história do direito na história social*, Lisboa, Livros Horizonte, 1978.

Hespanha (1988), António Manuel, «Notas do tradutor», em J. Glissen, *Introdução histórica ao direito*, Lisboa, Gulbenkian, 1988.

Hespanha (1992), António Manuel, *Poder e instituições no Antigo Regime, Guia de estudo*, Lisboa, Cosmos, 1992.

Hespanha (1993), António Manuel, *Manual de história das instituições (época moderna)*, Lisboa, Universidade Aberta, 1993.

Hsiao (1979), Kung-chuan, (trad. de F. W. Mote), *A history of Chinese political thought*, 2 vols., Princeton University Press, 1979.

Hsü (1975), Leonard Shihlien, *The political philosophy of Confucianism. An interpretation of the social and political ideas of Confucius, his forerunners, and his early disciples*, London, Curzon Press, 1975.

Jaffrelot (1989), Christophe, «La place de l'État dans l'idéologie nationaliste hindoue. Elements pour l' étude de l' «invention de la tradition politique», *Révue française de science politique*, 39.6 (1989), 829-851.

Jouve (1992), Vincent, *L'effet-personage dans le roman*, Paris, P.U.F., 1992.

Kim (1981), Hyung I, *Fundamental legal concepts of China and the West: a comparative study*, New York, Kennikat Press, 1981.

Ladany (1992), Laszlo, *Law and legality in China. The testament of a china watcher*, London, Hurst & Co., 1992.

Linebarger (1943), Paul M. A., *The China of Chiang K'ai-shek. A political study*, Boston, World Peace Foundation, 1943.

Louie (1980), Kam, *Critiques of Confucius in Contemporary China*, Hong Kong, The Chinese Univ. Press, 1980.

Martin (1989), Denis-Constant, «À la quête des OPNI (objets politiques non identifiés). Comment traiter l'invention du politique», *Révue française de science politique*, 39.6 (1989), 793-814.

Pound (1948), Rescoe, «Comparative law and history as basis for Chinese law», *Harvard law review*, 61.5 (1948).

Schramm (1985), Stuart R. (ed.), *The scope of state power in China*, Hong Kong, The Chinese Univ. Press, 1985.

Spence (1990), *The search for modern China*, New York, W. W. Norton & Co., 1990.

Szawlowski (1989), Richard, «Reflection on the laws of the People's Republic of China, 1979-1986», *International and comparative law quarterly*, 38.1 (1989).

Tsche-hao (1982), *Tsien, Le droit chinois*, Paris, P. U. F., 1982.

Vandermeersch (1985), Léon, «An inquiry into the Chinese conception of law», em Schramm, 1985, 3-25.

Wei-Dong (1989), Ji, «The sociology of law in China: overview and trends», *Law & society-review*, 23.5 (1989), 903-914.

Wieacker (1992), Franz, *História do direito privado moderno*, Lisboa, Gulbenkian, 1992.

Will (1994), Pierre-Étienne, «Chine moderne et sinologie», *Annales. Ec. Soc. C/v.*, 1 (1994)7-26.

Yu-Lan (1948), Fung, *A short history of Chinese philosophy* (ed. por Derk Bodde), New York-London, Free Press (Macmillan Publishing Co.), 1948.

Zhiming (1988), Zhang, «Current issues in legal theoretical studies in China», *Social sciences in China*, Winter 1988, 196-209.

Zolo (1974), Danilo, *La teoria comunista dell'estinzione dello Stato*, Bari, De Donato, 1974.