

O DIREITO CIVIL CHINÊS: ENTRE A TRADIÇÃO E A MODERNIDADE*

Wang Wei

Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Neste artigo “O direito civil chinês: Entre a tradição e a modernidade”, procura-se mostrar “outro pólo da experiência humana”, profundamente marcado pela ideia de “equilíbrio e harmonia”, tendo a sua expressão no princípio “Li”, ritos, base da ordem normativa milenar da China e que continua a influenciar o direito civil chinês contemporâneo.

Palavras-chave: Direito civil chinês; raízes culturais; raízes jurídicas; pensamento confuciano; escola de leis; codificação; reforma e abertura; diálogo; tradição; modernidade.

Abordaremos, nesta aula, as raízes culturais e jurídicas da China. Destacaremos o “pensamento confuciano” e a “escola de leis”; as características da tradição jurídica chinesa e a crise em que entrou com a abertura da China ao Mundo, no séc. XIX; as reformas e o movimento de codificação, no final da última dinastia do império; o primeiro Código Civil da China, no período da República, que vigorou entre 1929 e 1949 no Continente chinês e continua em vigor em Taiwan; o vazio legal da era *Mao* e a construção jurídica iniciada no período da

* Aula aberta, via plataforma zoom, destinada aos alunos do Curso de Direito Luso-Chinês da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 2 de Julho de 2020.

reforma e abertura a partir de 1978; e, finalmente, algumas notas sobre o novo Código Civil da República Popular da China e as *nuances* do diálogo entre a tradição e a modernidade.

É escassa a bibliografia, em línguas ocidentais, sobre este nosso tema. Destacamos as obras do Prof. António Hespanha e da sinóloga Anne Cheng, que aqui seguimos de perto.

Como disse Pierre Ryckmans, veremos “outro pólo da experiência humana”.¹

Principiaremos por apresentar o carácter *Fa* que quer dizer “lei”, cuja forma original (灋) é composta por três radicais: o primeiro, “氵”, 3 traços curtos, simbolizam a água; o segundo, “馬” é a representação do unicórnio (tanto a China como o Ocidente têm a sua própria representação gráfica do conceito de justiça. Na China, é o unicórnio, totem de justiça; no Ocidente é a Deusa mitológica, frequentemente retratada de olhos vendados, segurando a balança com uma mão e a espada com a outra); o terceiro radical “去” significa remoção. Como sabem, a escrita chinesa é ideográfica, essencialmente, o desenho de uma ideia. No primeiro dicionário etimológico chinês (《說文解字》) datado do século II d.C, em *Fa* ressaltava, sobretudo, a ideia de limpar e remover o mal. Ou seja, a lei estava predominantemente voltada para a “sanção”.

Mas, a verdade é que, na sociedade arcaica chinesa, a sanção aplicava-se somente à gente exterior ao reino, aos “bárbaros”. Paralelamente a *Fa*, com pendor penal, existia, no seio da sociedade patriarcal das primeiras dinastias, uma outra ordem designada “*Li*”, literalmente traduzido: ritos ou cerimonial. Mas o conteúdo deste conceito vai muito além do seu enunciado.

Então o que é *Li*? Começaremos, mais uma vez, pelo carácter chinês. Segundo *Wang Guowei*, historiador de renome, a forma original do carácter 豐 designaria “objecto de jade” destinado ao culto.²

Há várias traduções para o termo *Li*: “ritos”, “cerimonial”, “instituições tradicionais” ou “costumes”, entre as quais, a expressão “ritos” tem sido a mais usada. Mas, na verdade, o conceito *Li* cobre todos estes sentidos, constituindo as primeiras normas que regulavam as relações sociais, inicialmente apenas aplicáveis às classes superiores, como ensinava o princípio “*Li* não desce a plebeus”.

Pode dizer-se que o conceito *Li* constituía a base onde assentava a ordem social da China tradicional, cuja formulação inicial com o título “Ordem Zhou” (周禮) é suposto ter sido feita por Zhou Gong (周公), príncipe regente no Reino Zhou ocidental (séc. XI - 771 a.C.).

1 *L'Humour, l'Honneur, l'Horreur. Essais sur la culture et la politique chinoises*, Paris, Robert Laffont, 1991, p. 60.

2 王國維, 《觀堂集林·釋禮》, 中華書局, 1994, 頁291.

Segundo Anne Cheng, a ordem Zhou parece fundada sobre três pilares que são: (i) a realeza, (ii) o princípio da transmissão hereditária das funções e dos títulos, e (iii) o poder unificador de um sistema religioso centrado no rei e na divindade à qual ele se refere, o Céu (*Tian*天). “Para assegurar a própria estabilidade, os Zhou colocaram membros de sua própria família ou de clãs seus aliados, à frente dos diferentes feudos por eles criados. Cada um destes chefes tinha, em particular, o direito de prestar culto ao fundador da casa senhorial, à semelhança do culto que era prestado ao primeiro ancestral da casa real. Por essa razão, a organização e a estrutura políticas vão depender estreitamente do sistema dos cultos ancestrais e familiares. Teríamos aqui a origem da concepção chinesa do Estado como família” – em chinês, o Estado é designado *Guo Jia* 國家, literalmente “país casa / família”.³

“Seja qual for o ângulo sob o qual o examinemos – sistema de parentesco, prática religiosa, organização política - o pensamento da China antiga caracteriza-se pela ‘ordem’, elevada à categoria de bem supremo”.⁴

A construção da ordem é “ratio”, em chinês *Li*理, com a mesma pronúncia *Li*禮 ritual. O carácter é a representação gráfica dos veios naturais do jade. Explicou o sinólogo francês Léon Vandermeersch: “o pensamento chinês estava marcado pelo espírito do lapidador, que experimenta a resistência do jade e emprega toda a sua arte unicamente para tirar vantagem do sentido dos estratos da matéria bruta, para desprender desta a forma que ali preexistia”.⁵

Daí a convivência dos dois homófonos: *Li* ratio, ordem natural e *Li* ritos, ordem normativa, são intimamente interrelacionadas. Equilíbrio e Harmonia.

Após cerca de 300 anos de vigência da ordem *Li*, começou a desagregação do reino Zhou ocidental e, juntamente com o seu colapso, deu-se a decomposição da ordem *Li*.

Surgiu, então, o Confucionismo, recriador da ordem *Li*.

O carácter *Ru* 儒 é composto pelo radical “pessoa” à esquerda e “necessidade”, à direita que, por sua vez, contém o elemento “chuva”, originalmente querendo dizer “professor”, “letrado erudito”, ou seja, os seguidores da doutrina de Confúcio são designados, na China, por letrados eruditos e não por confucionistas. Do mesmo modo, não se fala, na China, de Confucionismo, mas de Escola dos Letrados Eruditos (*Ru Jiao* 儒教).

Na verdade, o próprio nome *Confúcio*, dado pelos missionários jesuítas, corresponde à latinização da designação chinesa *Kong Fuzi* 孔夫子, literalmente

3 *História do Pensamento Chinês*, Editora Vozes, 2008, pp 48- 49.

4 *Idem*, p. 58.

5 *Wangdao ou la voie royale, Recherches sur l'esprit des institutions de la Chine archaïque*, II, p. 385.

“mestre Kong”. O nome completo do mestre é *Kong Qiu* 孔丘. (*Kong* é apelido, *Qiu* é nome próprio; como sabem, a identificação pessoal na China é feita primeiramente pelo apelido, e depois, pelo nome próprio). Mas, nesta nossa aula, utilizaremos a terminologia amplamente empregada entre os ocidentais.

Confúcio nasceu em 551 a.C., na época das Primaveras e Outonos, após a extinção do Reino Zhou ocidental; e viveu até ao ano de 479 a.C., ou seja, teria chegado à idade de 72 anos. É, por isso, que é sempre representado com as feições de um venerável ancião e sábio.⁶ Embora Confúcio tivesse 70 discípulos que conservaram e transmitiram os seus ensinamentos, ele, em vida, não conseguiu influenciar significativamente a China do seu tempo. Apenas centenas de anos depois, o pensamento de Confúcio foi elevado a “ortodoxia dominante”, tornando-se também o norte que definiria a cultura jurídica nos dois milénios seguintes.

As informações que possuímos são fornecidas por obras posteriores à sua morte. Mas uma obra, intitulada *Analectos* ou *Diálogos de Confúcio* (論語), foi compilada a partir de anotações de discípulos e de discípulos de discípulos. É o testemunho mais expressivo que chegou até nós, sobre o seu pensamento, ensinamentos e uma fonte constante de inspiração e interpretação densa.⁷

Como afirma Anne Cheng, Confúcio “assinala na China o grande desenvolvimento filosófico que se nota paralelamente nas três outras grandes civilizações da ‘idade axial’, que é o Primeiro Milénio antes da nossa Era: mundo grego, mundo hebraico e mundo indiano”. O Confucionismo perdura ainda hoje, após passar por várias transformações, num verdadeiro fenómeno cultural que se confunde com o destino de toda a civilização chinesa, e marcou, naturalmente, o pensamento, a tradição e a cultura jurídica da China.⁸

Destacamos três princípios do pensamento confuciano: “*Zhengming*”, “*Ren*” e “*Yi*”.

Zhengming, normalmente traduzido por rectificação; literalmente: rectificar ou endireitar os nomes.

Dizia Confúcio ao seu discípulo *Zilu*: “Se os nomes são incorrectos, não se pode manter um discurso coerente. Se a linguagem é incoerente, os negócios não podem ser organizados. Se os negócios são abandonados, os ritos e a música não podem florescer. Se a música e os ritos são negligenciados, as penas e outras sanções não podem atingir. Se os castigos são desprovidos de equidade, o povo não sabe mais o que fazer. É por isso que o homem de bem só usa nomes se eles implicam um discurso coerente; e só fala se o discurso desemboca na prática. É por isso que o homem de bem é tão prudente no que diz” [論語•子路 (13.3)].

6 Anne Cheng, *Ob. cit.*, p. 65.

7 *Idem.*

8 *Ob. cit.*, p. 64

Esta procura de uma adequação ritual entre nomes e realidades, no fundo, como ensina o Prof. Hespanha, “designava todo o movimento destinado a pôr as coisas no seu lugar próprio e a dar-lhes os nomes verdadeiros. 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”.⁹

Na sua essência, “rectificação” traduzia, entendemos, a referida relação entre *Li Ratio* e *Li Ritos*: desta última, ordem normativa, se encaixar naquela primeira, ordem natural preexistente.

Explicou o Prof. Hespanha: “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”; “uma das técnicas de encontrar a verdadeira ordem da sociedade e de decidir correctamente em matéria de governo é imitar os fenómenos naturais. 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. 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”.¹⁰

Confúcio desenvolveu também o conceito de *Li* em matéria de relações humanas, para que cunhou o termo “*Ren*” 仁.

Tentamos captar a ideia de *Ren* pela análise do seu carácter chinês que é composto pelo radical 人 (“pessoa”, que se pronuncia igualmente *ren*) e pelo numeral 二 (“dois”); o ideograma 仁 faz referência à relação entre pessoas, ou melhor, “o homem que só se torna humano em sua relação com os outros”.¹¹

Entre múltiplas traduções para o termo *Ren*, “benevolência” parece ter sido a mais escolhida entre os ocidentais que, embora possa assumir múltiplas

9 *Direito e Poder na Cultura Chinesa Tradicional*, Revista Administração nº 32, Vol. IX, 1996-2º, pp. 259-290.

10 *Idem*.

11 Anne Cheng, *ob. cit.* p. 71.

manifestações, se destacam *Ai*, *Shu*, *Zhongyong* e *Xiao*:

Ai 愛 é Fraternidade (À pergunta do seu discípulo *Fan Chi* 樊遲 sobre o sentido de *Ren*, responde Confúcio: “愛人”/ “Amar os outros” (《論語·顏淵》)).

Shu 恕 é Tolerância (A seus discípulos que lhe perguntavam se há uma palavra que possa guiar a acção durante uma vida inteira, responde Confúcio: “O que não gostarias que te façam a ti, não o faças aos outros”/ “己所不欲，勿施於人” (《論語·顏淵》)).

Zhongyong 中庸 significa “Meio Justo” (ou caminho do meio), segundo Confúcio, *ir além é tão errado quanto ficar aquém*. 过犹不及, ou seja, não ceder a excessos (《論語·先進》).

Xiao 孝 quer dizer Piedade filial (À pergunta do seu discípulo *Fan Chi*, sobre o sentido de *Xiao*, responde Confúcio: “Quando os pais estiverem vivos, cuidem deles devidamente; quando morrem, enterrem-nos e prestem-lhes culto devidamente”. “A relação que fundamenta naturalmente a pertença de todo indivíduo ao mundo é a relação do filho para com o pai. A piedade filial é portanto o pilar da teoria de *Ren* pelo facto de ser a ilustração por excelência do laço de reciprocidade: a resposta natural de um filho ao amor que lhe dão os pais no contexto geral da harmonia familiar e da solidariedade entre as gerações” (Anne Cheng, pp. 74-75).

Yi pode ser entendido como adequado. Ensinou o mestre: “A mente superior não é pró nem contra coisa nenhuma. Seguirá o que for justo (*Analectos de Confúcio-Liren*). Trata-se de uma relação de interação entre *Li* e o significado que este reveste para cada indivíduo: *Yi* que contém um conjunto de sentidos, como, por exemplo, justo, certo, sensato ou, i.e., sentido do que é apropriado a uma determinada circunstância; do que convém fazer numa determinada situação. O carácter 義 comporta o elemento 我 (“eu”). A grafia “representa cabedal de sentido que cada um investe pessoalmente em sua maneira de ser no mundo e na comunidade humana. É a maneira como cada qual reinterpreta continuamente a tradição colectiva dando-lhe um novo sentido”.¹² Assim, *Li* e *Yi*, ritos e justiça, desenham os contornos do universo ético confuciano. “Em lugar das referências à transcendência, tipicamente na reflexão ética ocidental, encontramos aqui a tradição, mas é uma tradição que vive, alimenta-se e perpetua-se sem se repetir, da maneira como cada um a vive” (idem).

Para os confucionistas, *Ren* 仁 e 義 *Yi* são qualidades humanas que, “sendo consumadas, encaminham a sociedade e os próprios indivíduos para um estádio supremo de harmonia exterior e interior”.¹³

12 Anne Cheng, *ob. cit.*, p. 80

13 Prof. Hespanha, *ob. cit.*.

Outra importante corrente de pensamento jurídico chinês, *Fajia* 法家, Escola de Leis, que, como referido antes, consistiam, na China antiga, em medidas de sanção penal, por excelência. Os legalistas eram mais pragmáticos e a maioria assumia cargos políticos, sendo o representante principal *Shang Yang*, ministro do Reino *Qin* 秦, cuja obra intitulada *Shang Jun Shu* 商君書 (Livro do Príncipe *Shang*) continha as reformas por ele realizadas, fazendo com que *Qin* se tornasse o mais poderoso entre todos, durante o período dos Reinos Combatentes, acabando por conseguir, em 221 a.C., unificar pela primeira vez a China no “Império do Meio”.

Se os primeiros legalistas não gastavam muita tinta em filosofar, mas preocupavam-se com o estabelecimento de uma ordem política resultante de um conjunto de práticas, os escritos dos seus seguidores já se constituíam em metodologia, e até, em verdadeira concepção do mundo, a tomar como ponto de partida o homem e a sociedade, não como deveriam ser, mas como são. O seu maior representante foi *Han Feizi* 韓非子 (séc. III a.C). No seu livro cujo título é o seu nome, *Han Feizi*, defendia que não se governava com boas intenções, mas com leis, cuja força era suposta mais eficaz que a ética e até mais eficaz do que os laços de sangue. Explicou: “O amor de uma mãe por seu filho é o dobro do amor do pai, mas as ordens do pai ao filho valem dez vezes as da mãe. Os magistrados não têm nenhum amor ao povo, mas as suas ordens valem dez mil vezes as de um pai” (《六反》) .

O legalismo deixou de ocupar posição predominante após a queda da Dinastia *Qin*, em 207 a.C.. O imperador *Wudi* 武帝, da Dinastia *Han* 漢, adoptou, em 134 a.C. a política de “afastar cem escolas e reverenciar apenas o Confucionismo”, proposta por *Dong Zhongshu* 董仲舒, seguidor de Confúcio, fazendo com que essa doutrina chegasse ao estatuto de doutrina oficial do Estado. Embora, de facto, existisse a confluência do *Li* e do *Fa*, o Confucionismo tornou-se ideologia dominante na China e, mais tarde, os textos *confucionistas tornaram-se* a disciplina básica para a formação e a selecção dos “mandarins”, ou seja, funcionários públicos, inclusivé magistrados, até à fundação da República em 1912.

Pode afirmar-se que a tradição jurídica chinesa tem por base *Li* ritual confuciano, completado pelo legalismo, de que se destacam as seguintes características:

Primeira: *Li* constituía a principal fonte do Direito. Principalmente, do Direito de Família. Como referido antes, a organização e a estrutura políticas da China dependem estreitamente do sistema dos cultos ancestrais e familiares, de tal maneira, o termo “Estado” em chinês é a combinação de dois caracteres: país casa/família. Por essa razão, o matrimónio era um acto sujeito a seis rituais, -- *Na Cai* 納采 “proposta de casamento”; *Wen Ming* 問名 “pedido de informação sobre a noiva”; *Na Ji* 納吉 “práticas divinatórias”; *Na Zheng* 納征 “entrega de



presentes”; *Qing Qi* 請期 “marcação do dia do casamento” e *Qing Ying* 親迎 “cerimônia da recepção da noiva na família do noivo” – os quais compõem um procedimento solene e formal, a começar pela casamenteira, em representação da família do candidato a noivo, indagar junto da família da noiva escolhida se esta aceita a proposta de casamento. Em caso afirmativo, seguia-se a indagação dos dados pessoais da noiva, nomeadamente, a data e a hora do nascimento, para se verificar a compatibilidade astrológica da união. Sendo o resultado favorável, procedia-se à entrega de presentes e à marcação da data do casamento. Finalmente, a cerimônia da recepção da noiva na família do noivo e o banquete de casamento. Tais rituais foram consagrados em *Liji* 禮記, “Livro dos Ritos” (compilado entre 207 a.C. e 9 d.C. da Dinastia *Han*) e incorporados nos grandes códigos ao longo das dinastias até 1912. Posteriormente, mantêm-se, não já com força de lei, mas vivos no quadro da tradição chinesa, ainda que sem a terminologia original.

Segunda: A moral e os usos e costumes, à luz confuciana, constituíam significativa fonte do Direito Civil tradicional, para além do Direito escrito. A observância das regras de conduta não escritas era garantida pelo sentimento de “perda de face” ou desonra que era consequência da sua violação, tanto para o agente como para a sua família. Mais, na mentalidade chinesa, há a consciência de que o incumprimento acaba por ser negativo para o faltoso; exemplo mais recente é o coronavírus em que para além das medidas sanitárias impostas pelas autoridades, está a consciência da própria fuga ao perigo do contágio; num sentimento de dever colectivo. Ou seja, estão juntos para o bem e para o mal.

Terceira: Educação em primeiro lugar. Os confucionistas defendiam a política de promover a educação como principal meio de controlo social, considerando a lei penal como último recurso. Os próprios governantes devem comportar-se de maneira virtuosa, a fim de dar um bom exemplo aos seus súbditos. Os governantes teriam maior legitimidade de exigir a observância das normas pelos governados se eles próprios dessem o exemplo. Há um ditado chinês que diz: “Os mandarins podem provocar incêndios, enquanto o povo não pode acender os candeeiros”. Deste modo, entendiam os confucionistas, o governo seria capaz de conquistar o coração do povo pelo seu comportamento exemplar, em vez de apenas garantir a submissão do povo com o uso da força.

Quarta: valoração da harmonia / paz social. Disse Confúcio que o seu objectivo final não era distinguir o errado do certo, através do processo judicial, mas alcançar um mundo sem litigância (*Analectos de Confúcio-Yanyuan*). A mediação era uma maneira importante de alcançar a harmonia.

Para os confucionistas, um monarca que dependesse apenas da sanção, para governar o povo, não era opção sábia. Onde o povo fosse governado por *Li* ritual, as disputas seriam facilmente resolvidas por meio de negociação amigável, mediação e compromisso mútuo. Dessa maneira, a ideia de harmonia social seria

alcançada.

Quinta: o colectivismo – que constitui até hoje uma característica da cultura jurídica chinesa, com ênfase na prioridade dos interesses do grupo, como a família, o clã e a comunidade. O indivíduo faz parte duma colectividade e a harmonia e força do grupo favorecem, em última análise, a realização pessoal dum indivíduo. Na senda deste raciocínio, o sistema legal tradicional baseava-se em deveres e obrigações das pessoas para com a colectividade, e não nos seus próprios direitos e interesses.

Sexta: a codificação das leis de natureza predominantemente penal - Os códigos mais conhecidos, até à última dinastia da China, são:

- *Fajing* (407 a.C.0), código com 6 capítulos:
 - 1 – Roubo (盜)
 - 2 – Furto (賊)
 - 3 – Prisão (網)
 - 4 – Captura (捕)
 - 5 – Miscelânea (雜)
 - 6 – Graduação das penas (具).
- Legislação Qin (séc. III a.C.), respeitante a matérias administrativa, penal, económica e militar da Dinastia Qin.
- Legislação Tng (séc. VII d.C.), de 12 livros, abrange várias áreas (criminal, tributária, administrativa, família, relações de propriedade, etc.) e em matéria penal, prevê 5 tipos de penas [morte (死刑), chicotadas (笞刑), deportação (流刑), prisão (徒刑) e paulada (杖刑)] e 10 crimes mais graves [traição (謀叛), rebelião (謀反), destruição de templos e túmulos (謀大逆), desrespeitar a dignidade imperial (大不敬), ofensa grave à integridade física ou assassinio (不道), agredir os pais e avós ou matar os parentes (惡逆), falta grave da piedade filial (不孝), acabar com a harmonia familiar (不睦), deslealdade grave (不義) e adultério entre parentes (內亂).
- Legislação Ming (1397), inspirada na Legislação Tang, composta de 30 livros.
- Legislação Qing (1740), criada com base na Legislação Ming.

A ordem jurídica antiga entrou em crise com a chegada das potências ocidentais, nos meados do século XIX. Até então, a política do Governo Qing, a última dinastia chinesa, era a de manter a China fechada a qualquer influência exterior. No entanto, o mercado chinês era cobiçado pelo mundo ocidental.

Na época, os comerciantes ingleses traficavam o ópio que produziam na Índia para a China, auferindo grandes lucros, à custa da saúde dos chineses. Em 1839, o governo chinês destruiu todo o *stock* de ópio em Cantão. Assim começaram

os conflitos entre a Grã-Bretanha e a China. A Corôa britânica mandou navios de guerra, feitos de aço e movidos a vapor, para atacar os obsoletos juncos à vela da marinha chinesa. A guerra terminou em Agosto de 1842 com a assinatura do “Tratado de Nanjing”, pelo qual a China aceitou, entre outras coisas, abrir cinco portos (Cantão, Xiamen, Fuzhou, Ningbo e Xangai) ao comércio externo.

Posteriormente, outras potências ocidentais assinaram tratados com o Governo chinês (nomeadamente, os Estados Unidos, a 3-7-1844; a França, a 24-10-1844; a Suécia e a Noruega, a 20-3-1847) para abrirem mais portos da China ao comércio internacional. Foram criadas concessões estrangeiras, i.e., territórios chineses concedidos a potências ocidentais, as quais gozavam de extraterritorialidade e, conseqüentemente, da não aplicação da ordem jurídica chinesa. É neste quadro que tem início a recepção do direito ocidental na ordem jurídica da China.

Concretamente, na origem da tentativa de ocidentalização do sistema legal chinês está um episódio que se relata a seguir:

Em Xangai, numa manhã da primavera de 1902, um bagageiro foi acusado de ter morto um comerciante britânico. O Tribunal julgou-o de acordo com a lei inglesa, no exercício da extraterritorialidade. Tal acontecimento magoou fortemente as autoridades chinesas que procuraram pôr termo ao estatuto da extraterritorialidade. O governo inglês ripostou: se a legislação chinesa for aperfeiçoada até um nível que satisfizesse a Inglaterra, esta estaria disposta a aceitar o fim da extraterritorialidade. Com isto, a Corte Qing publicou, em 13 de Maio de 1902 o Decreto Imperial com o seguinte propósito:

“Com o aumento das actividades comerciais, têm surgido questões novas, pelo que encarrego *Shen Jiaben* e *Wu Tingfang* da revisão da legislação vigente. Tendo em conta a realidade actual, preparem-se projectos legislativos, para discussão, em que se adoptem soluções que vigoram noutros países. Espera-se que produzam normas aceites universalmente que sejam úteis para o governo” .

Uma brevíssima nota relativa a esses dois juristas que contribuíram para a primeira abertura da China ao Direito do Ocidente: *Wu Tingfang* 伍廷芳, nascido em Singapura, tinha uma formação jurídica europeia recebida em Hong Kong; *Shen Jiaben* 沈家本, em contrapartida, era um historiador do direito chinês, que procurava introduzir as normas jurídicas europeias nos ritos confucianos.

Note-se que, em Macau, durante séculos, coexistiram a ordem jurídica chinesa e a ordem jurídica portuguesa, nomeadamente, o Regimento dos ouvidores de Macau de 16 de Dezembro de 1587 e o Código dos Usos e Costumes Chineses, de 1909, que veio a ser revogado em 1948 pelo Decreto n.º 36.987, de 24 de Julho.

Voltando à abertura da China ao direito ocidental, no âmbito do direito civil, em 1907, foi criada uma comissão de codificação em que colaboravam 2 juristas japoneses – *Shida kotaro* 岡田朝太郎 e *Matsuoka Masayoshi* 松岡義正. O

primeiro projecto foi finalizado em 1911, praticamente uma cópia do Código Civil japonês que, por sua vez, se inspirou fortemente no Código Civil alemão de 1900.

Como seria de esperar, a reforma sofria oposição forte dos conservadores que encaravam a introdução da ordem jurídica ocidental como uma afronta às instituições e estruturas tradicionais; uma tentativa de destruir os valores consagrados no Confucionismo, debilitando a fundação social construída sobre a moralidade e os costumes. Mesmo para os reformistas, a maioria dos quais entendiam que a reforma legal seria inevitável, mas deveria ser moderada sem romper com a tradição baseada no pensamento confuciano.

Visivelmente, os valores que fundamentavam as ordens jurídicas ocidental e chinesa não coincidiam. Os reformistas chineses bem tentavam reconstituir a doutrina confuciana para poder nela integrar os princípios do direito europeu. Reinterpretavam, nomeadamente, a noção confuciana de *Ren* 仁, “benevolência”, no sentido de igualdade, ideia que dificilmente se retirava da obra de Confúcio.

Embora o Código Civil da dinastia Qing não chegasse a entrar em vigor, a verdade é que foi uma obra de suma importância e que lançou a semente para a reforma do direito civil, no futuro.

Em 1911, a Revolução Republicana já ganhava contornos nacionais, pressionando o governo Qing. Em resposta, neste mesmo ano, um diploma constitucional, denominado “Programa da Constituição Imperial”, foi promulgado. Apresentava fortes influências da Constituição Japonesa de 1889, embora não contivesse dispositivos que limitassem os poderes do imperador.”

Em 1912, resignou o último Imperador da China, *Pu Yi* e fundou-se a República. O seu primeiro Presidente, *Sun Yat-sem* formulou o programa da revolução republicana com base em “Três Princípios (三民主義), também conhecido como “Doutrina *San-min*”, literalmente traduzidos: nacionalismo, democracia e bem-estar da população (民族主義、民權主義和民生主義): “Nacionalismo” seria a reconstrução da China, internamente, num estado unitário e, externamente, num país forte frente a qualquer potência; “Democracia”, por sua vez, traduzia-se na soberania do povo, ou seja, a prática dos ideais democráticos ocidentais dentro do contexto chinês; e por fim, “Bem-estar da população” referia-se aos esforços na melhoria de vida do povo, principalmente pelo maior acesso do povo à propriedade de terras e ao capital.

Os três Princípios foram incorporados na Constituição provisória de 1912, que representa uma ruptura com a China do passado.

No primeiro ano da República foram elaborados também projectos de códigos civil e penal, bem como dos respectivos códigos de processo, sob a direcção de *Wang Chonghui*, primeiro juiz de nacionalidade chinesa no Tribunal Internacional de Haia.

No entanto, o caminho para a introdução da reforma jurídica teve vários

solavancos.

Em 1915, houve a tentativa de restabelecimento do império por *Yuan Shikai*, que se proclamou imperador em 12 de Dezembro e faleceu em 15 de Fevereiro do ano seguinte. Mergulhou a China numa guerra civil. Só em 1928, se estabeleceu o Governo nacionalista do *Kuomintang*, liderado por *Chiang Kai-shek*. No ano seguinte, foram promulgados os «Princípios gerais», «obrigações» e «direitos reais» que compõem as primeiras três partes do primeiro código civil chinês, completado posteriormente por «Família» e «Sucessões». Este código, embora reconhecesse a vigência do direito consuetudinário, representava uma importação maciça do direito ocidental.

O novo Código Civil, juntamente com a demais legislação nacionalista, formava um sistema legal que ficou conhecido como “Seis Livros”: a Constituição, o Código Civil, o Código Comercial, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal que marcou a transição do sistema tradicional do Direito Chinês para o Direito Romano-Germânico.

Mas, como apontou o Prof. Hespanha, o impacto do Código Civil na vida social foi mínimo. No interior do país e nas camadas populares tradicionalistas, a antiga ordem comunitária e doméstica, fortemente baseada na ética confuciana, continuou a reger a vida colectiva.¹⁴

As ilusões, bem como a crise cultural, social e económica por que passou o ocidente a partir do fim da primeira Guerra Mundial explicam o debate, que se desenvolveu entre a intelectualidade chinesa, sobre as vantagens e inconvenientes da importação de modelos ocidentais. Neste contexto surgiu o neo-confucionismo moderno cujo mentor, Liang Shuming 梁漱溟, na sua obra *Culturas oriental e ocidental e suas filosofias* (《東西文化及其哲學》) publicada em 1921, defendeu a superioridade da cultura chinesa, virada para o Justo Meio (Zhongyong 中庸), em busca de reconciliação, equilíbrio e harmonia, ao contrário da cultura ocidental que, no seu entender, enfatizava a conquista e transformação da natureza e do mundo, pelo que a cultura chinesa se traduziria em valores imutáveis e representaria estádios superiores de evolução da civilização.

Seguindo os passos de *Liang*, vários intelectuais de renome aderiram a esta corrente intelectual que tentava reformar o confucionismo, injectando nele novo conteúdo para torná-lo mais sensível às necessidades da sociedade contemporânea, nomeadamente, a importação do progresso da civilização material do ocidente.

A reavaliação positiva do confucionismo contribuiu para o papel que esta filosofia social veio a desempenhar na ideologia do Kuomintang, cujo líder, Chiang Kai-shek 蔣介石, na verdade, propunha a observância generalizada das virtudes

14 *Linhas de Força da Cultura Jurídica Chinesa Contemporânea*, Revista Administração n° 31, Vol. IX, 1996-1°, pp. 7-42

confucianas como base na convivência social.

Em 1949, a guerra civil entre nacionalistas e comunistas terminou com a derrota dos primeiros que fugiram para a ilha de Taiwan (devem saber que a ilha é conhecida também por “Formosa”, nome dado pelos portugueses, primeiros europeus que a ela chegaram no séc. XVI e ficaram maravilhados pela sua beleza natural). Aí se mantém o regime político da República fundada por *Sun Yat-sen*).

Nesse mesmo ano, no Continente chinês, *Mao Zedong* proclamou a fundação da República Popular da China.

Na véspera da fundação, foi instituída a “Instrução do Comitê Central do Partido Comunista Chinês para a Abolição dos Seis Livros do *Koumintang*” (中共中央關於廢除國民黨的六法全書與確定解放區的司法原則的指示). No seu ponto 2, declara-se:

“A Lei, como o Estado, é uma ferramenta para a protecção de interesses de determinadas classes dominantes. Como leis burguesas geralmente o fazem, os Seis Livros passam a impressão de que todas as pessoas são iguais perante a lei. Mas na realidade, como não há verdadeiro interesse comum entre as classes dominantes e os dominados, entre as classes exploradoras e os explorados, entre o apropriador e o expropriado, entre o credor e o devedor, certamente não há verdadeiros direitos iguais. Por isso, toda a legislação do *Kuomintang* só pode servir como instrumento visando proteger o domínio reacionário dos latifundiários e dos intermediários-burocratas-burgueses, e armas para suprimir e coagir a vasta massa do povo.”

Até à morte de *Mao Zedong*, em 1976, foi marcante a natureza secundária do direito, em relação às directivas do Partido Comunista Chinês. Em matéria de direito civil, a China viveu, nomeadamente entre 1966 e 1976, dez anos de Revolução Cultural, num enorme vazio legal.

Citando vários autores e obras suas, o Prof. Hespanha afirma:

“O maoísmo constitui uma subcorrente do marxismo, inspirada no pensamento de *Mao Zedong* (1893-1976). Na sua primeira fase, foi muito influenciado, tanto pela ideia da natureza instrumental do direito, típica do estalinismo, como pela da consunção do direito na sociedade comunista.

A primeira ideia explica o realce posto no tópico de que o direito, numa sociedade socialista, deve servir para dominar e aniquilar os contra-revolucionários e os inimigos do povo, para resolver as contradições fundamentais entre o povo, que está «na revolução», e os inimigos do povo, que estão «fora da revolução».

A segunda ideia explica que se creia que, na sociedade capitalista, quer a regulação social (nomeadamente, económica), quer a resolução dos litígios entre o povo (as «contradições secundárias»), não careçam do direito para ser levadas a cabo, mas apenas de instruções ou de actos de mediação a cargo das vanguardas políticas.

(...)

Mas nesta desconfiança em relação ao direito legislado e numa preferência da disciplina pela educação à disciplina pela lei, que também é notória na literatura oficial do Estado e do Partido, confluem antigos tópicos da tradição cultural chinesa.

O realce da importância da educação (ou reeducação), agora por parte do Partido, para realizar a disciplina social tem paralelo com idênticas ideias na sociedade tradicional, com a única diferença de que os responsáveis por esta pedagogia cívica e política, bem como os conteúdos dela, eram outros.

Também a violência com que são perseguidos os elementos considerados como desqualificados («fora do povo», «fora da revolução») evocava o rigor do direito tradicional em relação àqueles que a educação e os bons costumes não conseguiam disciplinar. Agora como então, o direito penal estatal constituía uma arma, violenta e de último recurso, contra os elementos «associais». Só que os critérios de associabilidade eram diferentes.

Alguns autores têm também notado o paralelismo entre o regime mais favorável — ou mesmo de uma relativa impunidade — dos quadros políticos ou membros do Partido e a moderação do direito para certos grupos privilegiados no direito tradicional¹⁵.

A era Pós-Mao, ainda em curso, tem sido marcada pela reforma e abertura, iniciada com a ascensão de *Deng Xiaoping* à liderança do PCC, em 1978.

Com a superação da economia planificada e a opção pelo socialismo de mercado, em 1992, preconizou-se a necessidade do estabelecimento de um sistema jurídico, capaz de promover a estabilidade e a ordem para o desenvolvimento económico. A China, então, passou a adoptar uma política legislativa de harmonização com as práticas internacionais, como forma de atrair investimentos estrangeiros. A determinação em ingressar na Organização Mundial do Comércio (OMC) e as exigências após a sua entrada em 2001 contribuíram ainda mais para que a China promovesse grande esforço em prol da internacionalização do seu Direito.

Recorde-se ainda que o princípio “Um País, Dois Sistemas”, apresentado por *Deng Xiaoping* em Janeiro de 1982 foi integrado na Lei Básica das Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau, em vigor a partir de 1 de Julho de 1997 e 20 de Dezembro de 1999, respectivamente. À luz das quais, as regiões administrativas especiais exercem um alto grau de autonomia e gozam de poderes executivo, legislativo e judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância, bem como a não aplicação, nestas regiões, do sistema e das políticas socialistas, “mantendo-se inalterados durante cinquenta anos o sistema

15 *Idem.*

capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes” (art. 5.º). No caso de Macau, o direito civil vigente é o direito de matriz portuguesa que vigorou e continua a vigorar.

Por sua vez, no Continente chinês, a construção dum novo sistema legal poderia seguir tanto o modelo de *Common Law*, como o Continental de *Civil Law*, no qual o papel principal é atribuído ao direito legislado, frequentemente codificado. O caminho escolhido foi o último, o que se ficou a dever basicamente à experiência precedente da codificação e à inexistência dos precedentes judiciais por razões da revolução cultural ter substituído os tribunais por comícios dirigidos pelos representantes do Exército Popular de Libertação da China.

Hesitou-se entre criar um código civil abrangente, ou legislar “passo a passo”, i.e., produzir legislação avulsa sobre as diversas áreas cíveis para, quando houvesse condições, com base no conjunto de normas produzidas, se compilar um novo Código Civil.

O Congresso Nacional Popular, órgão legislativo chinês, decidiu avançar com esta segunda estratégia de preparar gradualmente o corpo jurídico cível. Percebe-se porquê a prudência. Tendo embarcado no caminho do socialismo com características chinesas, implicaria isso que, no âmbito do direito civil, o regime a criar tenha em conta as específicas condições deste período da China.

Assim, ao longo dos anos foram produzidos: a Lei do Casamento, em 1980 (revista em 2001); a Lei das Sucessões, em 1985; a Lei dos Princípios Gerais do Direito Civil, em 1986 (revista em 2009); a Lei da Adopção, em 1991 (revista em 1998); a Lei das Garantias, em 1995; a Lei dos Contratos, em 1999; a Lei sobre os Direitos Reais, em 2007; a Lei sobre a Responsabilidade Civil, em 2010; e a Parte Geral do Direito Civil, em 2017, que integraram o projecto do código civil que entra em vigor em 1 de janeiro de 2021.

São 7 Livros – Parte Geral, Direitos Reais, Contratos, Direitos de Personalidade, Casamento e Família, Sucessões e Responsabilidade Civil – que compõem o Código cuja versão inglesa já foi enviada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Para exemplificar, falaremos sobre Direitos Reais (Livro II).

Procuraremos, em particular, responder à seguinte questão: Até que ponto o regime se afastou do sistema socialista da propriedade pública dos meios de produção e em que medida ele é o reflexo de circunstâncias actuais na China.

O Livro em questão é dividido em cinco títulos com as seguintes designações: “Disposições Gerais”, “Direito de Propriedade” (*suoyou quan*), “Usufruto” (*yongyi wuquan*), “Garantias Reais” (*danbao wuquan*) e “Posse” (*zhan you*).

Parece que, na elaboração da estrutura conceitual básica, o legislador chinês tem recorrido significativamente ao Direito ocidental, especialmente à tradição

jurídica alemã. Por outro lado, o seu conteúdo substantivo reflecte as circunstâncias da China, para que foram encontradas inovações importantes.

Não é por acaso que o novo Código Civil da República Popular da China tem configuração semelhante à do *Bürgerliches Gesetzbuch* (“BGB”). Já assim aconteceu com o projecto de Código Civil produzido em 1911, pouco antes da queda da dinastia Qing, e com o Código Civil do período nacionalista, que vigora em Taiwan.

Se a estrutura conceitual basicamente se inspira no BGB, o conteúdo preciso de *Yongyi Wuquan*, i.e., usufruto, acolhido no novo Código Civil é em grande parte uma resposta às circunstâncias da China. Ela atesta também a combinação única dos direitos reais nas sociedades socialistas e capitalistas que é um legado da era da «reforma e abertura» na China.

Merecem referência três figuras contendo elementos originários da China: *Tudi chengbao jingying quan* 土地承包經營權, tradução: usufruto da terra rural para actividade agro-florestal e pecuária (arts. 330° ss); *Jianshe yongdi shiyong quan* 建設用地使用權, tradução: usufruto da terra urbana para construção (arts. 344° ss); *Zhai jidi shiyong quan* 宅基地使用權, tradução: usufruto do prédio rural como lotes de terreno para residência-habitação (arts. 362° ss).

Tanto o usufruto da terra rural para a actividade agro-florestal e pecuária, como o usufruto do prédio rural como lotes de terreno para residência-habitação, respeitam à propriedade colectiva, cuja origem remonta à década de 1950. De acordo com a Lei de Reforma Agrária daquele ano, aos camponeses foram atribuídas terras que eles poderiam trabalhar em benefício próprio. Mas, em 1958, tiveram de entregar as suas terras à Comuna Popular. Assim, foi criado o sistema de propriedade colectiva comunal. Com o fim da Revolução Cultural, pôs-se termo às comunas populares que vieram a ser substituídas pelas organizações económicas colectivas rurais. Em consequência, as terras colectivas foram divididas pelos camponeses de cada aldeia, para actividade agro-florestal e pecuária e habitação.

De acordo com art. 330°, parágrafo 2, do novo CC, o usufruto da terra rural para actividade agro-florestal e pecuária aplica-se a terras aráveis, florestas, prados e outras terras para uso agrícola. Os prazos de gozo são especificados no art. 332°, que variam entre 30 e 70 anos, dependendo de os solos serem agrícolas, para pastagens ou florestais, renováveis no termo do prazo.

Em relação ao usufruto da terra urbana para construção, refere-se à construção de edifícios, estruturas e instalações auxiliares nos solos de propriedade estatal. De certo modo, o regime assemelha-se e, provavelmente, foi influenciado na sua concepção pelo direito de Macau em que quase toda a terra pertence à RAEM e é concedida principalmente através da concessão por arrendamento de longa duração.

Por sua vez, o regime previsto no art. 347° do novo código civil da RPC

distingue entre concessão onerosa (*churang*) e gratuita (*huabo*).

Para finalizar, citaremos um diálogo entre o príncipe Wen do Reino Teng e Mêncio, o mais eminente seguidor de Confúcio.

Perguntou o Príncipe Wen a Mêncio como deveria governar bem o seu reino.

Respondeu Mêncio: “se o povo tiver estabilidade patrimonial, terá o coração tranquilo” (《孟子•滕文公上》).

Esta foi a explicação dada pelo Prof. Sun Xianzhong, um dos autores do novo Código Civil e deputado do Congresso Nacional Popular, à pergunta de um jornalista da CCTV, sobre a prioridade conferida aos Direitos Reais na sistematização das matérias contidas no novo Código.

Bibliografia

ANTÓNIO HESPANHA, *Direito e Poder na Cultura Chinesa Tradicional*, Revista Administração nº 32, Vol. IX, 1996-2º, pp. 259-290; *Linhas de Força da Cultura Jurídica Chinesa Contemporânea*, Revista Administração nº 31, Vol. IX, 1996-1º, pp. 7-42

JEROME ALAN COHEN (Ed.), *Contemporary Chinese Law: Research Problems and Perspectives*, Harvard University Press, 1970

ANNE CHENG, *História Do Pensamento Chinês*, Editora Vozes, 2008

JONATHAN D. SPENCE, *The search for modern China*, New York, W. Norton & Co., 1990

武樹臣 (*WU SHUCHEN*), 《中國法的源與流》 (Origem e Evolução do Direito Chinês), 人民出版社, 2013

潘維和 (*PAN WEIHE*), 《中國民事法史》 (História do Direito Civil Chinês), 漢林出版社, 1982

張晉藩 (*ZHANG JINFAN*), 《中國民法通史》 (História do Direito Civil Chinês), 福建人民出版社, 2003

A bibliografia indicada é para quem queira aprofundar o estudo deste tema. E para quem domine chinês, recomendo a leitura das obras de 武樹臣 (*WU SHUCHEN*), 潘維和 (*PAN WEIHE*) e 張晉藩 (*ZHANG JINFAN*).

Fica a sugestão. Foi um prazer estar aqui a partilhar “cousas da China” como diria Frei Gaspar da Cruz.