

CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E EFETIVIDADE NA CHINA: ILAÇÕES ENTRE CULTURA TRADICIONAL, PRÁXIS POLÍTICA E DISCURSO CONSTITUCIONALISTA NO CONTEXTO CHINÊS

CONSTITUTION, CONSTITUTIONALISM, AND EFFECTIVENESS IN CHINA: ILLATIONS ABOUT TRADITIONAL CULTURE, POLITICAL PRACTICES, AND CONSTITUTIONALIST SPEECH IN THE CHINESE CONTEXT

Diva Julia Sousa da Cunha Safe Coelho

Universitat de Barcelona – UB – (Barcelona, Espanha)

Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Universidade Federal de Goiás – UFG – (Goiânia, GO, Brasil)

Ricardo Martins Spindola Diniz

Universidade de Brasília – UnB – (Brasília, DF, Brasil)

Recebimento: 15 jun. 2017

Aceitação: 21 set. 2017

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

COELHO, Diva Julia Sousa da Cunha Safe; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; DINIZ, Ricardo Martins Spindola. Constituição, constitucionalismo e efetividade na China: ilações entre cultura tradicional, práxis política e discurso constitucionalista no contexto chinês. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 3, p. 187-220, set./dez. 2017. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53275>>. Acesso em: 21 dez. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i3.53275>.

RESUMO

O presente artigo constrói uma comparação entre o discurso nomológico oficial da Constituição chinesa vigente e as diferentes abordagens sobre o papel da Constituição e dos direitos humano-fundamentais desenvolvidas pelos constitucionalistas chineses. Parte, como principal estratégia metodológica, da configuração de uma amostragem de obras construídas na literatura jurídica chinesa sobre a Constituição e os direitos humano-fundamentais naquele país. Ademais, incrementa-se a análise a partir da reflexão sobre a influência das diferentes tradições políticas e culturais chinesas nas igualmente diferentes perspectivas do constitucionalismo chinês contemporâneo. Como principais resultados verifica-se não só a existência de posições conflitantes na cultura constitucional chinesa como a presença majoritária de uma abordagem pragmática e utilitarista do discurso dos direitos humano-fundamentais e de uma primazia tanto das dinâmicas políticas, como econômicas, sobre as balizas constitucionais, que ainda possuem na China pouca capacidade vinculativa ou dirigente.

PALAVRAS-CHAVE

Constitucionalismo chinês. Direitos humano-fundamentais. Direito comparado. Cultura constitucional. China.

ABSTRACT

The present work constructs a comparison between the official nomological discourse of the Chinese Constitution in force and the different approaches about the meaning of the Constitution and of fundamental-human rights developed by the Chinese constitutional scholars. Its main methodological strategy is to configure a sampling from the data collected from the Chinese legal literature related to its constitutional law and fundamental-human rights. Moreover, the analysis is incremented through a reflection regarding the influence of the different Chinese political and cultural traditions in the equally distinct perspectives of its contemporary constitutionalism. As its main results it is verified not only the existence of conflicting perspectives in Chinese constitutional culture, but a majoritarian presence of pragmatism and utilitarian approaches to the discourse of fundamental-human rights as well, and also a primacy of political and economic dynamics in comparison to the constitutional guideposts, which still have a low binding or guiding power.

KEYWORDS

Chinese constitutionalism. Fundamental-human rights. Comparative law. Constitutional culture. China.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a construção de um diagnóstico sobre o lugar e o alcance do discurso sobre direitos humano-fundamentais na cultura constitucional chinesa, e, por conseguinte, sobre o lugar da própria cultura constitucional nas relações sociopolíticas da China. O enfoque específico da análise se volta para a avaliação dos desencontros entre a atual textualidade constitucional e a deficitária efetividade constitucional no país. Como técnica e metodologia de abordagem, a pesquisa constrói uma comparação entre os planos da normatividade tradicional chinesa, da textualidade constitucional atual, e da literatura contemporânea vinculada ao que se pode considerar um discurso acadêmico-constitucionalista na China. Da comparação entre tradição, norma e constitucionalismo é possível inferir contradições entre o discurso oficial e as práticas reais existentes no constitucionalismo chinês contemporâneo.

Tal qual será detalhado no desenvolvimento desse artigo, as análises sobre a estrutura jurídica e política da China contemporânea nos planos tradicional, nomológico e do discurso intelectual permitiu-nos promover uma reflexão sobre as efetivas práticas chinesas relativas aos direitos humano-fundamentais. Nosso foco foi a busca por entender a real dimensão dos Direitos Fundamentais na dinâmica social, política e jurídica chinesa, com vistas a explicitar as diferenças (aliás, sempre existentes em qualquer país) entre a constitucionalidade formal e a constitucionalidade real (cf. CUNHA, 2009) na China, especialmente no que tange à efetiva capacidade dos Direitos Fundamentais caros à dignidade humana, para vincular e nortear o exercício do poder naquele país (cf. SALGADO, 2006).

A principal ferramenta metodológica utilizada consistiu na formação de uma amostragem de discursos intelectuais sobre o fenômeno constitucional desenvolvidos na própria China e por autores chineses. Da amostra de diversos constitucionalistas chineses, com diferentes perspectivas, foi possível construir uma aproximação diatópica do debate atual sobre direitos humano-fundamentais no constitucionalismo chinês.

Tomou-se em consideração aqui a percepção de que as diferenças que caracterizam a normatividade chinesa em relação à normatividade ocidental são notáveis. Um exemplo disso é o fato de a normatividade ocidental ser justificada por um critério de ordem exterior ao mundo, enquanto a normatividade chinesa se apresenta numa concepção materialista, na qual “a ordem do mundo encontra-se na espontaneidade inerente da sua efetivação” (RAMOS, 2010, p. 260).

Nossa reflexão, assim, partiu, enquanto referencial teórico básico, da abordagem jus-comparativista de Eric Agostini, notadamente quanto à sua exposição dos processos de “ocidentalização jurídica” consistentes nos movimentos de “migração jurídica” operados pelas experiências de importação e exportação do direito ocidental para culturas não ocidentais, que se deram principalmente na modernidade (AGOSTINI, [198-?]). Nesses processos, Agostini trata de explicitar que a realocação de modelos jurídicos ocidentais acoplados em bases culturais não ocidentais costuma provocar uma vivência e uma experiência efetiva bastante diferentes desses mesmos modelos que, ainda que sejam formalmente símiles, se tornam materialmente outros.

Dessa forma, uma de nossas hipóteses de trabalho é de que no contexto chinês é possível constatar que lá ocorre um dos fenômenos de “distorção do modelo jurídico ocidental” apontados por Agostini, qual seja, a tratativa pragmática e utilitarista das estruturas fundamentais do direito ocidental contemporâneo (AGOSTINI, [198-?], p. 128 et seq.). No caso chinês pode-se dizer que existe um “pragmatismo jurídico” e um “utilitarismo jurídico” na tratativa de duas estruturas que, no ocidente, são essenciais ao modelo jurídico atual: a Constituição e os Direitos Fundamentais.

Portanto, se somamos às considerações de Agostini as análises que apresentamos nesse artigo sobre o direito chinês, verificamos como resultado da pesquisa que os Direitos Fundamentais não cumprem na China (ou pelo menos não cumprem em um sentido forte) o mesmo papel finalístico e principiológico que cumprem no ocidente. No ocidente, a função dos Direitos Fundamentais é a de mediar numa linguagem objetiva o acordo fundamental sobre quais são os *fins últimos*, ou seja, qual é o *telos* do poder político para que possa ser considerado legítimo (SALGADO, 1998). Essa função mediadora capital que possuem no ocidente não se apresenta com o mesmo peso e realidade no contexto do Estado chinês.

Ademais, também foi possível verificar, como se verá no desenvolvimento do trabalho, que

na China os Direitos Fundamentais, ainda que plasmados na atual Constituição, não constituem uma substancialidade de direitos oponíveis a todo e qualquer ato de poder político. Portanto, os Direitos Fundamentais na China não atuam como limite último de conformação dos processos de tomada de decisão no Estado, na mesma medida e com o mesmo peso em que atuam nos países ocidentais (cf. COELHO, 2012, p. 289-310). Não queremos com isso dizer que nos países ocidentais tais direitos não sejam desrespeitados ou não tutelados nos processos de tomada de decisão política. Mas, dentro dos processos institucionais de tomada de decisão os Direitos Fundamentais são critério capital de controle de validade de todo e qualquer ato jurídico. Logo, qualquer desrespeito ou distorção no atendimento de tais direitos só pode ser juridicamente validado por meio de um discurso igualmente baseado em tais direitos, ainda que construído falaciosamente. O que queremos dizer é que, pelo menos no plano institucional, os Direitos Fundamentais possuem “supremacia constitucional” na hierarquia jurídica, no sentido explicado por Luís Roberto Barroso (1996).

Por outro lado, na China a própria institucionalidade política trata tanto a Constituição como os Direitos Fundamentais não como o *fin ultimo* do Estado, mas como um instrumento de gestão do interesse público da sociedade chinesa, ainda que se trate de importantes instrumentos de gestão. Logo, na China os Direitos Fundamentais estão em função do interesse público (traduzido na linguagem constitucional chinesa como a *ditadura democrático-popular da classe operária* e consubstanciado em todas as demais chaves semânticas ligadas a essa ideia de subordinação dos direitos ao interesse maior de prevalência do sistema socialista de Estado¹), quando, em um Estado Constitucional de Direitos Fundamentais, é o interesse público que deve ser mensurado em função da conformação dos diferentes direitos fundamentais em cada situação (cf. JUSTEN FILHO, 1999).

1 A FORMAÇÃO DA CULTURA CONSTITUCIONAL CHINESA

A história da normatividade chinesa é comumente dividida em três etapas, quais sejam: a etapa do devenir da normatividade tradicional chinesa durante as Dinastias Chinesas (771 a.C. – 1911 d.C.); a etapa da peculiar modernização chinesa de matriz precipuamente socialista (1911-1978); e a etapa do direito chinês atual (1978-atual); buscando em cada qual suas contribuições para a

¹ São exemplos dessa característica da constitucionalidade chinesa as seguintes passagens da Constituição: no artigo 15 dispõe o seguinte: “São proibidas quaisquer perturbações do funcionamento regular da economia social ou atentados ao plano económico estatal, por parte de qualquer organização ou indivíduo.” Já o artigo 51 dispõe que “No exercício das suas liberdades e dos seus direitos os cidadãos da República Popular da China não podem atentar contra os interesses do Estado, da sociedade e da colectividade ou contra as legítimas liberdades e direitos dos outros cidadãos”.

construção da prática da Dignidade na normatividade chinesa como um todo, evidentemente suprasumidas no ordenamento chinês atual.

A modernização da normatividade chinesa começa tão somente ao final do período dinástico. Assim sendo, tem-se o desenvolvimento da normatividade tradicional, com a formação e interação de suas duas bases, o confucionismo e o legalismo. Tal processualidade implica um decurso temporal que vai desde o passado mais remoto até o ano de 1911. Nesse ínterim, foram as dinastias que comandaram a China, com as diferentes perspectivas do Confucionismo e legalismo, e as respectivas noções de *Li* e *Fa*, confrontando-se (e, por vezes, complementando-se) na formação e constituição da base da normatividade tradicional.

O *Li* se interpreta como a ordem moral derivada da natureza intrínseca do homem, compreendendo-se, a partir dele, que a conciliação é a principal via de solução de conflitos. Na ordem moral presente no Confucionismo, cada indivíduo tinha seu papel determinado, seus deveres já lhes sendo atribuídos de acordo com sua posição e importância na sociedade. Ou seja, a cada um se atribuía deveres próprios, não havendo sentido em se falar em igualdade na liberdade, em moldes ocidentais. Cada indivíduo já tinha como predeterminado seus deveres desde seu nascimento, tomando-se em consideração a família, a progenitura e o sexo. Como frisa Ramos, qualquer autodeterminação ou autonomia representaria uma obstrução ao curso natural, tendo-se o respeito devido à conformação e integração ao processo espontâneo da natureza, enquanto um dos mais caros compromissos (RAMOS, 2010).

Para a corrente de pensamento confucionista, aplicar normas gerais e abstratas não era suficiente para atender as diversas especificidades de cada caso em concreto, inclusive atender os interessados de modo a fazer jus a seu *status* social. Ademais, levar a juízo um caso poderia ser considerado desonroso, pois se constataria que a tentativa de conciliação fora frustrada, tendo em vista que, para Confúcio, a conciliação deve ser o meio mais eficaz para manter a paz social.

O *Fa*, por sua vez, se traduz como o modelo, régua, ou compasso, e deve ser entendido como símbolo fundamental desta escola de pensamento de direito chinês, a partir da qual, inclusive, o dito sintagma passou a significar propriamente lei (GRANET, 1934). Para a escola legalista era a lei, portanto, a única forma de buscar a manutenção da ordem social, o que implicaria a submissão da população (e do próprio imperador). Posição de todo coerente com as motivações do surgimento da corrente legalista, originalmente contrária ao privilégio nobiliárquico ou funcional, afirmando, em um primeiro momento, a necessidade de se estabelecer uma igualdade perante as leis, especialmente por entender provir daí a maior fonte de legitimação do poder político (INCHAURRAGA, 2015). Para além disso, segundo Ramos, os legalistas defendiam a clareza, inteligibilidade,

comunicabilidade ao povo e uniformidade na aplicação normativa, com vistas à manutenção satisfatória da ordem e da unidade do império (RAMOS, 2010).

Não obstante suas diferenças, é possível, ainda conforme Marcelo Maciel Ramos, apreender um centro comum a esses três traços constituidores da autorreflexão da normatividade tradicional chinesa, qual seja, aquilo que o autor denomina por “princípio da harmonia imanente”. Tal princípio, profundamente entremeado na civilização chinesa, afastou-a significativamente, durante parte considerável de sua história, de uma normatividade propriamente jurídica.

Uma das consequências disso seria o desencontro de qualquer apoio nos fundamentos originais do pensamento chinês para os direitos humanos. A partir de tal perspectiva, qualquer reivindicação implicaria a perda da harmonia espontânea (RAMOS, 2010). Ocorre que a exigibilidade (reivindicabilidade) constitui um elemento estrutural de um direito subjetivo numa cultura jurídica tal como configurada no ocidente (COELHO, 2010). E, em certa medida, semelhante ilação paradoxal não deixa de ser construída pelas autoridades chinesas, que dela se valem para fazer frente à postulação de direitos humanos diante da denúncia de suas violações (JULLIEN, 2009).

No final da Dinastia Qing o jurista Shen Jiaben (1840-1913), vendo o êxito das codificações japonesas inspiradas nas codificações alemãs, liderou, sob o comando imperial, várias reformas, entre elas estando presentes a feitura de códigos modernos. Existia então um projeto de ordenação que se assemelhava ao Código Civil Alemão (BGB). No entanto, “a queda do Império e as convulsões subsequentes levaram a que, apenas no ano de 1929, fosse aprovado um primeiro Código Civil chinês: também modelado sobre o BGB, embora com abertura a soluções tradicionais chinesas” (CORDEIRO, 2010).

Para além das codificações, no mesmo contexto, intensa produção nomológica e pesquisa jurídica foram dedicadas às questões relativas ao estabelecimento do caminho que levaria do Império a um governo constitucional, destacando-se, na leitura de Jianfu Chen (2008), os trabalhos das várias comissões estendidos de 1905 a 1907, envolvendo uma série de esboços e anteprojetos de textos constitucionais, bem como, e inclusive, visitas ao Japão, Estados Unidos e Europa, com vistas à identificação do melhor modelo para se efetuar a transição.

Politicamente, é possível avaliar que todos esses esforços acabaram sendo deveras tardios. Em 1911 dá-se o fim da Dinastia Qing. Contudo, a República, estabelecida pelos revolucionários liderados por Sun Yatsen em 1912, logo se viu desafiada pelos dilemas jurídicos comuns a todas as revoluções, o de lidar com a força do passado imediatamente anterior. Assim, ao menos de um ponto de vista jurídico, os alicerces lançados pela última corte imperial permaneceriam inicialmente, com o governo republicano optando pela manutenção de várias leis imperiais, reformando-as ou

rejeitando-as apenas naquilo que contrariassem os ideais republicanos, e pela continuidade das reformas (CHEN, 2008).

O tema Nacionalismo (*Minzu*) passa a ter notoriedade no período republicano, como um dos chamados Três Princípios do Povo, de Sun Yatsen, juntamente à Democracia (*Minquan*) e à Subsistência do Povo (*Minsheng*). A doutrina nacionalista se preocupava basicamente com a reconstrução da China, pautada na manutenção de sua unificação e de seu fortalecimento perante outros países (CHEN, 2008). Tais preocupações, especificamente quanto à unificação, são perceptíveis na legislação infraconstitucional, principalmente na Lei de Cidadania, na qual se destaca a distinção entre cidadania e nacionalidade – “[...] A la ciudadanía se le conferían derechos y deberes cívicos y a la nacionalidad se le ‘identificaba con la estirpe racial del individuo’” (INCHAURRAGA, 2015, p. 122) – que seria muito importante no processo de coesão nacional, tendo em vista ser a China composta por mais de cinquenta etnias diferentes.

Ao final do período republicano, contudo, tais princípios se verão paulatinamente taxados como pertencentes à “escola ocidental”, cada vez mais confrontada e contestada pela “escola russa”, em concomitância ao aumento da influência da Rússia soviética na China. Um marco jurídica e politicamente importante desse período foi a “Constituição Provisória” que entrou em vigor em 1931 “para el período de Tutela Política en Nanking por el Gobierno del Kuomintang”, a qual declarava a assimilação, por parte da China, do apelidado “caminho de Moscou” (CHEN, 2008).

Em outubro de 1949 a China aderiu ao Dogma Marxista-Leninista, tal como a URSS. No mesmo ano, promoveu-se a implementação do “Programa Comum”, que aboliu todas as leis, decretos e tribunais existentes. Internacionalmente, essa aderência teve repercussões tais como a assinatura do Tratado de Amizade Chinês-Soviético, em 14 de fevereiro de 1950, muito mais influenciado pelas suas respectivas posições críticas a respeito do Japão e dos Estados Unidos da América do que por um objetivo comum de construção de um internacionalismo proletário (RIOS, 2005). A esse respeito, tal como aponta Jizeng Fan, “as elites dirigentes chinesas favoreceram o modelo constitucional soviético. A educação jurídica da China estava completamente orientada pela ideologia soviética”. Consequentemente, “não poderíamos nos surpreender ao encontrar uma série de disposições no código constitucional da China semelhantes às encontradas nos textos constitucionais soviéticos” (FAN, 2015, p. 57).

Não obstante, malgrado as influências soviéticas, Fernando Mezzetti a interpreta como um sinal sutil do impacto em solo chinês de mudanças ocorridas em termos globais em meio aos diversos países socialistas. Apesar de aspectos decorativos, como no caso do papel do chefe de Estado, a Constituição, ao instituir regras de organização do Estado e da vida associativa, opunha-se às

campanhas políticas desregradas de Mao Tsé-Tung. Ainda que se tratasse de “regras de jogo socialistas”, por serem escritas teriam valor *erga omnes*, “em teoria superiores ao indivíduo e ao líder” (MEZETTI, 2000, p. 49).

Em meio às primeiras fissuras do monólito chinês, Mao, inadaptável “às características mais prosaicas da construção de um Estado moderno, com toda a complexidade de seus problemas econômicos e administrativos”, viu-se crescentemente afastado do centro do poder, mediante a introdução de cada vez mais limitações. Sua resposta veio na campanha das “Cem Flores”, um misto de armadilha e manobra canhestra. Segundo Mezzetti, as “Cem Flores” “constituíam um convite aos não comunistas, aos intelectuais, a exprimir abertamente críticas ao Partido Comunista” (MEZETTI, 2000, p. 50-55), convite que acabou servindo à identificação dos adversários do regime, autodenunciados para a repressão que se seguiu.

Por conseguinte, durante a China Maoísta, nos anos de 1949 a 1975, a base normativa que se afirmou não foi a do modelo jurídico formal, mas a de um modelo comportamental institucional baseado na burocracia a serviço do comandante, que foi moldando a estrutura social no decorrer do tempo (INCHAURRAGA, 2015, p. 165). O que implicou, em suma, a derrogação de toda a produção jurídica anterior, sobrevivendo para substituí-la uma série de instruções outorgadas pelo próprio Mao. Essas *cartilhas*, assim consideradas e apelidadas por muitos estudiosos, continham regramentos a respeito de como as pessoas deveriam se comportar e frases que eram consideradas como dogmas e imperativas.

Quando Mao faleceu, em 9 de setembro de 1976, Deng Xiaoping, que com ele participara da Longa Marcha e da guerra contra os japoneses, emergiu vitorioso. Muito mais que sucessor, tratando-se, de fato, de seu usurpador e carrasco, Deng Xiaoping, com sua ênfase em resultados e suas amargas experiências políticas, acabaria por reintroduzir, na China, o valor positivo do Direito para a construção de um governo socialista, concomitantemente imbuído de uma noção de democracia. A partir desses pressupostos, não havendo dúvidas a respeito da necessidade de um sistema jurídico efetivo e vinculante, de 1978 em diante a China mudará radicalmente.

Assim, no final da década de 1970 houve na China uma necessidade de reorientação ideológica, deixando de lado o modelo socialista soviético-maoísta para ser o início de “un período de creatividad, de libertación intelectual y de reconstrucción, impulsado por el cuestionamiento crítico de la ortodoxia y por un nuevo interés por otras tradiciones intelectuales no marxistas” (INCHAURRAGA, 2015, p. 204), ainda que mantendo-se a característica tradicional do poder político da China, de busca por um forte controle social e ideológico.

Para Deng Xiaoping era mister promover a modernização socialista, o que se daria pela

política de “duas mãos”: em uma a economia, que deveria ser desenvolvida; em outra, o sistema jurídico, que carecia de fortalecimento (CHEN, 2004). Logo, era necessário que o direito passasse por revisões, ampliações e codificações, de modo a acompanhar essas transformações. Nesse sentido, segundo González, nos anos de 1978 a 1989 a reforma, a reestruturação ou até mesmo o que poderíamos chamar de “a utilidade do direito chinês” foram propostas para, de fato e definitivamente, mudar a prática jurídica do período maoísta, de modo a trazer ao país o desenvolvimento nacional (INCHAURRAGA, 2015, p. 206).

2 O DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO DA CHINA

2.1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA DE 1982 E SUAS REVISÕES

A atual Constituição Chinesa (CRPC) é a quarta Constituição após a Revolução. Suas principais ideias advieram das reformas empreendidas por Deng Xiaoping (JIHONG, 2015, p. 5). O texto de 1982 sofreu significativas reformas revisionais, nos anos de 1988, 1993, 1999 e 2004, visando planificar a compatibilização do modelo socialista à economia de mercado. Os princípios vetores da CRPC são: *i*) Ditadura Popular Democrática como forma de governo; *ii*) A liderança do Partido Comunista; *iii*) Aderência à teoria Marxista-Leninista, ao Maoísmo e ao pensamento de Deng Xiaoping e; *iv*) Reforma e abertura ao exterior (MAZZA, 2006, p. 17 et seq.).

O modelo trazido pela CRPC ganha síntese na máxima comumente usada pelos chineses: *um país, dois sistemas*. Por um lado, existe uma grande autonomia administrativa interna, como em Hong Kong e Macao. Por outro, o estabelecimento de um ordenamento jurídico nacional pensado para compatibilizar (harmonizar) capitalismo e socialismo.

O preâmbulo do texto constitucional dispõe o seguinte:

A presente Constituição consolida as conquistas do povo chinês de todas as nacionalidades e define o sistema e as tarefas básicas do Estado, sob forma jurídica; é a lei fundamental do Estado e reveste-se da suprema autoridade jurídica. O povo de todas as nacionalidades, todos os órgãos de Estado, as Forças Armadas, todos os partidos políticos e organizações públicas e todas as empresas e unidades produtivas do país devem observar a Constituição como norma básica do seu comportamento, têm a obrigação de defender a dignidade da Constituição e devem assegurar a sua execução. (REPÚBLICA POPULAR DA CHINA, 2000, p. 690).

No plano do discurso nomológico oficial, plasmado no texto constitucional (cf. FERNANDEZ PEREZ, 1978), podemos verificar uma aparente valorização da importância da Constituição para o direito chinês, que estaria revestida de uma “suprema autoridade jurídica”. É interessante notar que há no texto uma ênfase muito grande em qualificar de “jurídica” a autoridade

da Constituição. Talvez, tal escolha textual demarca os limites da própria Constituição na cultura chinesa. Provavelmente incapaz de ser o norte fundamental e a autoridade máxima no plano político, cultural, econômico e social, sua função é ser a referência jurídica, não mais que isso. A questão, então, é saber se a dimensão jurídica possui capacidade de impor limites à dinâmica político-partidária chinesa, cujo funcionamento, historicamente, jamais se submeteu à ideia de Constituição e de Direitos Fundamentais. Ao contrário do que se planteia numa tradição constitucional tipicamente ocidental, em que o discurso constitucional se propõe como máxima autoridade também no plano político, nossa hipótese de análise é a de que, na cultura constitucional chinesa, a constituição está a serviço do político, sem a capacidade de limitar da dinâmica política.

Por outro lado, o texto do artigo quinto da Constituição chinesa cumpre formalmente com os requisitos de superioridade hierárquica da norma constitucional, nos moldes da expectativa ocidental:

Artigo 5.º O Estado defende a uniformidade e a dignidade do sistema jurídico socialista. Nenhuma lei ou regra da administração central ou local poderá infringir a Constituição. Todos os órgãos do Estado, as forças armadas, todos os partidos políticos e organizações públicas e todas as empresas e estabelecimentos devem obedecer à Constituição e à lei. Todos os actos ofensivos da Constituição ou da lei devem ser reapreciados. Nenhuma organização ou indivíduo pode gozar do privilégio de estar acima da Constituição e da lei. (REPÚBLICA POPULAR DA CHINA, 2000, p. 691).

2.2 A ESTRUTURA DAS FONTES DO DIREITO E DA DIVISÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO CHINÊS CONTEMPORÂNEO

O direito chinês possui importantes fontes e “embora o pensamento de Confúcio não seja fonte de Direito”, o confucionismo se soma (cf. RAMOS; ROCHA, 2015), enquanto normatividade tradicional difusa, ao complexo de referentes desse Direito, tendo certamente influenciado o atual estado de coisas do direito chinês (VICENTE, 2012, p. 449).

Em primeiro lugar, teríamos a Constituição, seguida das diferentes leis ordinárias e dos regulamentos administrativos, que nas últimas décadas aumentaram consideravelmente em quantidade, deixando clara a intensão de cada vez mais tornar codificado o ordenamento jurídico chinês. Incluímos também como fontes os costumes (*xi sú*), a jurisprudência e o direito internacional (BENITEZ-SHAFFER, 2007, p. 11).

Com efeito, todo este arcabouço de normas, regulamentos e informes administrativos acaba por gerar controvérsias e disparidades, no complexo normativo produzido pelos entes federativos (CAICEDO; SANTIVÁNEZ, 2007, p. 118-119). Isso somente se estabiliza pela presença incomum do Partido Comunista chinês no processo de organização das fontes.

Vale ressaltar que alguns “usos constitucionais” adquirem grande importância para os trâmites constitucional e legislativo na China. Como bem destaca Moura Vicente (2012, p. 461): “Entre eles se avulta o de que as revisões constitucionais e as principais medidas legislativas devem ser aprovadas pelo Comitê Central do Partido Comunista antes de serem agendadas no Congresso Nacional Popular”. Tal uso constitucional confirma em grande medida a ideia de que na cultura constitucional chinesa a Constituição não funciona como referente determinante das possibilidades-de-ser da política, mas é esta que determina as possibilidades-de-ser da Constituição, num jogo, muito próprio à cultura chinesa, em que o respeito à Constituição é harmonizado às diretrizes políticas por meio de estratégias como o uso da prévia aprovação do Partido Comunista, para que a dimensão da política não precise impor-se conflitivamente à Constituição.

Explica Jianfu Chen (2008) que a Constituição chinesa estabelece um sistema em que, na prática, a produção jurídico-estatal se dá em um modelo composto por autoridades posicionadas em múltiplos níveis e dimensões, em que o Conselho Estatal (com forte presença do Partido) e as autoridades locais são ao menos tão importantes quanto o Congresso Nacional do Povo².

No modelo da atual CRPC, muitos problemas de consistência e integridade começaram a surgir, sem contar a aura de segredo e mistério então característica ao processo legislativo. Consequentemente, aponta Jianfu Chen, já no começo dos anos 90, acadêmicos e oficiais sugeriam a adoção de uma lei sobre leis (*lifafa*) como solução para essa problemática, o que veio a ser feito 10 anos depois (CHEN, 2008). De imediato, e em consonância com a Constituição de 1982, nela se classificam os documentos jurídicos em leis, regulações administrativas, regulações locais, regulações autônomas, regras departamentais e regras de governo local. Não obstante a complexidade, existe um consenso geral em meio à doutrina de que o sistema jurídico chinês se divide em três níveis: primário (leis nacionais, *falü*), secundário (regulações administrativas nacionais, *xingzheng faqui*) e terciário (regulações locais, *difangxing faqui*).

Quanto ao primeiro nível, ao topo da hierarquia ter-se-ia a Constituição, seguida das leis basilares (*jiben falü*). Logo abaixo se têm as “outras leis” (*qita falü*), promulgadas pelo Comitê Permanente, as quais teriam, supostamente, efeitos mais setoriais do que as leis basilares. Contudo, assevera Jianfu Chen (2008), na prática a distinção entre o que seriam leis basilares e quais seriam as demais não é tão clara, com a atuação constante do Comitê Permanente (responsável por estas) em áreas e temas que facilmente seriam interpretados como “fundamentais”.

² A título de exemplo, segundo Chen, entre 1979 e 2004 foram promulgadas 727 leis em âmbito nacional, 3.809 regulações administrativas, 51.554 regras departamentais (equivalentes a portarias, decretos, resoluções, etc.), 91.334 regras locais e realizadas 2.889 interpretações judiciais.

Pela expressão “regulações administrativas”, perfazendo a totalidade do segundo nível nomológico chinês, compreendem-se todas as medidas, regras, regulações, ordens e decretos administrativos emitidos pelo Conselho de Estado. Para além do expressamente delimitado por meio do artigo 89 da CRPC, a lei reguladora estabelece a competência do Conselho de Estado para editar normativas em matérias de desenvolvimento econômico e social, educação, ciência, cultura, saúde, planejamento familiar, administração da justiça, segurança pública, direito internacional, financeiro, trabalhista, urbano e agrário, entre outros. Ademais, tal escopo se encontra em constante extensão, em razão das rotineiras delegações por parte do Congresso Nacional do Povo e de seu Comitê Permanente (embasadas no artigo 89 (18) da CRPC), tornando-o, de fato, nas palavras de Jianfu Chen (2008, p. 183), “a instituição nomogênica mais poderosa na China”.

O envolvimento e a autoridade do Partido Comunista chinês quanto à reprodução do sistema jurídico é questão determinante (cf. SULI, 2007, p. 535). Sabe-se que o Partido possui um comitê político-jurídico que exerce controle direto sobre todas as principais questões jurídicas nacionais, inclusive no que diz respeito à produção legal. Mais ainda, todas as entidades governamentais possuem, em sua estrutura organizacional, comitês partidários.

Segundo Shigong Jiang (2010), a verdadeira “norma fundamental” da China, alicerce de todas as suas instituições, mesmo antes da Constituição de 1954, é a liderança do Partido Comunista chinês. Convenção ou parte da Constituição não escrita da China, fato é que o Partido tem total controle sobre qualquer revisão constitucional (em que pese constar no texto constitucional que o poder de interpretar a Constituição cabe ao Comitê Permanente do Congresso Nacional, conforme o artigo 67 (1) da CRPC), bem como de toda e qualquer lei considerada importante. Antes de chegarem ao Congresso Nacional, é uma questão de princípio que as questões mais importantes relacionadas à produção legislativa sejam aprovadas pelo Comitê Central do Partido.

Para Jianfu Chen (2008), tal princípio, se estritamente aplicado, transformaria o Comitê Central na legislatura de fato, enquanto ao Congresso Nacional e seu Comitê Permanente restaria o papel de uma legislatura de direito. Contudo, pesquisas realizadas por Chen demonstram que apesar da forte influência real do Partido, começaram já a aparecer espaços de determinação jurídica institucionalmente autônomos (CHEN, 2008), ainda que sejam espaços de autonomia em planos menos relevantes (e, por isso mesmo, permitidos pelo Partido).

Se se aceita a interpretação de que a liderança partidária é a norma fundamental da República Popular da China, a prática judicial, estendida desde à Suprema Corte até as cortes inferiores, de se evitar por completo qualquer referência ao texto constitucional (ZHANG, 2010) – seja como fundamento para decisões, ponto de inflexão, ou argumento para a judicialização de determinado

valor – não parece de todo incompreensível. Essa é uma característica realmente marcante da produção jurisdicional chinesa. O que, contudo, não deixa de ser problemático, especialmente se analisado no horizonte maior da ausência de quaisquer mecanismos consolidados de controle de constitucionalidade – judicial ou não (ZHANG, 2010).

Como anteriormente pontuado, comitês partidários se localizam em toda a estrutura estatal, perfazendo os três poderes formal e constitucionalmente declarados. Especialmente no que diz respeito ao judiciário, essa interferência, em geral resistida por parte tanto dos tribunais como das procuradorias, se dá, segundo Suli (2007), por meio desde a determinação da decisão em um dado litígio judicial à simples emissão de uma opinião (*pishi*) em resposta a alguma questão social polêmica e judicializada³.

Quanto ao sistema de organização territorial, o direito constitucional chinês alberga aquilo que ali se convencionou chamar de *princípio do centralismo democrático*, o que representa, segundo Caicedo e Santivánez (2007, p. 117-118), um maior nível de independência e autodeterminação dos entes administrativos locais, sob tutela do Estado soberano chinês.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO CHINESA: REFLEXÕES SOBRE O DISCURSO NOMOLÓGICO CONSTITUCIONAL

A Constituição chinesa prevê a garantia da igualdade perante a lei (artigo 33), da liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de reunião, desfile e manifestação (artigo 35), de liberdade de crença religiosa (artigo 36), bem como a inviolabilidade da liberdade pessoal (artigo 37), entre outras garantias básicas. Segundo Ramiro Avilés (2010, p. 3), “el listado de derechos que se incluye en el Capítulo segundo de la Constitución recoge todas las generaciones de derechos y nominalmente no es muy diferente del que puede encontrarse en otra Constitución”.

À primeira vista, podemos inferir que o texto constitucional chinês se assemelha a outros diplomas constitucionais de Estados de direito. Entretanto, o conceito (ou significado) das palavras ordenadas na Constituição não necessariamente têm o mesmo sentido, peso, aplicabilidade, alcance ou grau de efetividade para cada país. Dentre outros motivos para tanto, está a própria construção

³ De acordo com Jianfu Chen (2008), a hermenêutica das normas distingue-se dogmaticamente entre interpretações legislativa, administrativa e judicial. A interpretação judicial, contudo, se restringe à Suprema Corte do Povo e àquelas questões advindas exclusivamente de seus respectivos trabalhos, isto é, da casuística. Todavia, a Suprema Corte por muitas vezes emite interpretações acerca de leis específicas pouco depois de serem publicadas, chegando a tecer comentários detalhados, artigo por artigo – o que poderia ser denominado, como o faz Jianfu Chen, de um exercício muito particular de ativismo judicial. A mesma Suprema Corte, contudo, por meio de normativas específicas, vedou às cortes inferiores usarem essas interpretações como fundamento para suas decisões – ainda que elas acabem sendo utilizadas nos raciocínios construídos para tanto.

histórica e cultural da sociedade e do direito interno.

Como exemplo dessa questão, podemos analisar a declaração relativa ao reconhecimento da proteção da dignidade pessoal dos cidadãos chineses, no artigo 38 da CRPC. Da leitura desse dispositivo o que se verifica é a aparentemente proposital ilação entre a ideia de dignidade e a noção convencional de proteção à honra. Veja-se o texto do citado artigo 38: “A dignidade pessoal de todos os cidadãos é inviolável. São proibidos o insulto, a calúnia, as falsas acusações ou as injúrias dirigidas aos cidadãos”. Ora, ao relacionar a proteção da honra e da imagem com a proteção da dignidade pessoal, o texto constitucional chinês permite interpretações altamente restritivas do que seja a proteção à dignidade humana. Permite-se, assim, ao mesmo tempo, considerar declarado esse direito, sem que o Estado chinês tenha maiores compromissos com tal direito, além daqueles que este Estado entenda conveniente ter.

Porém, em outros dispositivos da Constituição chinesa, ainda que não esteja explicitamente mencionado, o direito à dignidade acaba por ser tutelado por meio da proteção de aspectos específicos da existência digna. Um exemplo claro dessas transformações mais recentes está na determinação da inclusão das pessoas com deficiências no mercado de trabalho, tal como dispõe o artigo 45, parágrafo 3, da CRPC. Outro exemplo é a inclusão da proibição de “maus tratos a velhos, mulheres e crianças” presente no artigo 49, parágrafo 3 (REPÚBLICA POPULAR DA CHINA, 2000, p. 698).

De acordo com o informe do *Examen Periódico Universal*, até 2013 foram aprovadas na China mais de 60 leis e regulamentos a dispor sobre a proteção de diversos direitos referentes a pessoas com deficiências (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2013, p. 13). Ainda assim, Caicedo e Santiváñez (2007, p. 121) afirmam que “si bien los avances legislativos han sido relevantes, en la práctica queda mucho por hacer. La noción de derechos inherentes a la dignidad humana no se encuentra muy arraigada en la sociedad china”.

Outra questão sensível para a proteção dos direitos fundamentais na China é o modelo de controle de constitucionalidade. Cabe à Assembleia Popular tanto fazer o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais como reformar a própria Constituição. “En otras palabras, es el mismo legislador el encargado de controlar la constitucionalidad de sus actos y al mismo tiempo de revisar el contenido de las disposiciones constitucionales” (CAICEDO; SANTIVÁÑEZ, 2007, p. 123). Soma-se a isso o uso constitucional de se passar previamente pela cúpula do Partido Comunista qualquer questão que venha a ser deliberada pela Assembleia Popular, tornando-se, assim, extremamente controverso o sistema de controle de constitucionalidade chinês.

Tais críticas não afastam, por outro lado, a transformação pela qual já passou o direito chinês nas últimas três décadas, impulsionada em muito por motivações econômicas e centradas em

instituições políticas que permanecem autoritárias e extrativistas (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012), mas que acabou, em termos jurídicos, por ser centrar na inclusão dos direitos humanos dentro do rol de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, numa linguagem focada em separar a proteção oferecida pelo direito interno chinês de qualquer ilação com o direito internacional dos direitos humanos.

Notadamente sobre a rejeição implícita do caráter universal dos direitos humanos, Chen afirma o seguinte:

Enquanto o Capítulo II da Constituição pode ser visto como uma versão de uma declaração de direitos, o termo “direitos humanos” não foi usado até o processo de revisão constitucional de 2004. Na verdade, o termo “direitos humanos” teve uma história bastante acidentada na RPC. [...] Em vez disso, todas as constituições chinesas têm consistentemente usado o termo “direitos civis”, que rejeita implicitamente a universalidade dos direitos humanos. (CHEN, 2008, p. 130).

A CRPC recebeu em sua última revisão (2004) um acréscimo referente ao respeito aos Direitos Humanos, previsto no artigo 33, que passou a dispor que “o Estado respeita e assegura os Direitos Humanos” e que “todo o cidadão goza dos direitos e, simultaneamente, tem de cumprir os deveres prescritos pela Constituição e pela lei”. Ainda assim, a proteção a direitos humanos permanece sujeita a restrições definidas no interesse do Estado. O artigo 51 da Carta prevê que “no exercício das suas liberdades e dos seus direitos os cidadãos da RPC não podem atentar contra os interesses do Estado, da sociedade e da coletividade ou contra as legítimas liberdades e direitos dos outros cidadãos”.

Não se questiona a necessidade de compatibilização entre o exercício de direitos constitucionais e os demais direitos de outros cidadãos ou os interesses da coletividade. Porém, ao se dizer que o exercício de tais direitos não se oporá aos interesses do Estado, a Constituição chinesa contraria um dos referentes principais do atual paradigma constitucionalista, o de que o interesse do Estado é e somente pode ser o respeito e máxima promoção dos direitos fundamentais.

Em que pesem as alterações na legislação chinesa, tanto em âmbito constitucional, quanto infraconstitucional, os relatos são no sentido de ainda haver muitos problemas de densificação normativa adequada, o que nos possibilita perguntar sobre a existência ou não de um abismo entre o texto constitucional chinês e as vivências jurídico-políticas efetivas.

Assim sendo, a grande questão que devemos nos perguntar quanto à situação da proteção de direitos da dignidade humana na China diz respeito a até que ponto o atual modelo de Estado chinês (e a cultura constitucional a ele subjacente) verdadeiramente se configura como estrutura voltada para a promoção de tais direitos enquanto sua *razão-de-ser*; ou se, ao contrário, o discurso nomológico de

proteção de direitos da pessoa e do cidadão na China é mais um instrumento de governança, gestão e estratégia do Estado (portanto serve ao Estado) do que *telos* constitucional do Estado chinês. Esta possibilidade, a nosso ver, não pode obscurecer os avanços em termos de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos ocorridos nas últimas décadas. Não obstante, uma reflexão acurada, como faremos em seguida, da linguagem e do discurso constitucional desenvolvido pelos próprios juristas chineses, nos últimos anos, faz-se imprescindível como importante indicador de qual das duas possibilidades acima aventadas espelha melhor a atual realidade constitucional na China.

4 O PENSAMENTO CONSTITUCIONALISTA CHINÊS: VARIÁVEIS DE PERSPECTIVA E DE ABORDAGEM SOBRE OS DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS E EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL NA CHINA

Na China, o debate constitucionalista parece acompanhar os padrões e posições formados em torno da discussão acerca da formação de um Estado de direito chinês – especialmente em vista de que tal evento, iniciado em 1978, é apontado pela jurística como responsável pelo renascimento da pesquisa e do debate jurídicos no país.

Do mapeamento realizado nesta pesquisa, todos os autores parecem concordar, no básico, acerca da relevância dos direitos humanos e do discurso a seu respeito, bem como acerca dos textos juridicamente relevantes para a articulação de generalizações de cunho jurídico-dogmático. Quando a dignidade humana é debatida, suas origens ocidentais aparecem nesses autores quase sempre contrapostas a pontos de partida presentes na tradição oriental, e a atual relevância do discurso da dignidade no Ocidente é rastreada pelos chineses como impacto da 2ª Guerra Mundial. Na China, por sua vez, parece haver consenso de que a importância dos direitos humano-fundamentais se dá especialmente em razão dos eventos em torno da Revolução Cultural (ainda que no tom pelo qual se a trate já se verifiquem variações, isto é: por vezes lamenta-se, por outras denuncia-se; variações que se estendem à interpretação do legado de Mao Tse Tung, ora um líder carismático, ora um demagogo). Outro ponto generalizadamente aceito (à exceção de algumas leituras laudatórias apegadas apenas à textualidade da Constituição) é a ausência de mecanismos processuais positivados a garantir a “justiciabilidade”, seja da dignidade humana, seja de direitos humanos assegurados tanto na Constituição, como em tratados e convenções dos quais a China faça parte. Poder-se-ia assim dizer que estes são os pontos-chave da perspectiva “geral” a respeito do tema na China.

Uma possível dicotomia entre os autores poderia ser desenhada a partir das interpretações articuladas quanto à função constitucional da ideia de dignidade. Ter-se-ia, então, aqueles que procuram defender uma interpretação da dignidade humana enquanto e exclusivamente a “direito à

subsistência” (ou estrito), em termos exclusivamente “materiais”, ou “materialistas”; e aqueles que a entendem em termos mais “espirituais” (ou amplo), especialmente vinculados à participação política, expressão e liberdade de pensamento, autonomia individual, etc.

No primeiro caso, justifica-se a interpretação tanto pela tradição marxista-leninista-maoísta da República Popular da China (estatista-socialista), como pela “perspectiva científica sobre desenvolvimento” (neoautoritários e comunitaristas), em que se inverte o axioma então sustentado pelo movimento ocidental conhecido por *Law & Development*, de que a implementação do Estado de direito (com separação de poderes, constituições escritas e direitos humano-fundamentais) implicaria desenvolvimento social e econômico. Assim, para os neoautoritários e comunitaristas, é o desenvolvimento econômico e social que acabará resultando em um avanço no que concerne aos direitos, avanço concomitante à contínua ascensão da nação enquanto ator global.

Já no segundo caso, a abordagem acaba (sobretudo no contexto chinês) por ser mais denunciativa e dá ênfase no que se pode nomear por dimensões individual e política da dignidade humana, bem como se sustenta com recurso a experiências no direito comparado. A denúncia de casos de desrespeito patente e latente aos direitos humanos, na China contemporânea, acaba por ser um produto comum nessa segunda perspectiva.

Enquanto para o primeiro lado o isolamento da China, seja por questões geopolíticas, ou por questões culturais, aparece como pressuposto determinante da interpretação da dignidade humana, no que se verifica uma certa “instrumentalização” assumida tanto do sistema legal como do próprio discurso dos direitos humanos, para o segundo é justamente a internacionalização da China e a “racionalização” de seu sistema legal que direcionam a concepção que se constrói a seu respeito (cuja objeção poderia ser o caráter acriticamente ocidentalizante que, por vezes, possui).

Difícilmente algum dos autores analisados seria perfeitamente emoldurado em um dos lados descritos. Qiafan Zhang, por exemplo, ao mesmo tempo que advoga uma versão claramente liberal-democrata, mesmo “ocidentalizada” em comparação a outros autores, de “dignidade humana”, esforça-se com bastante afinco em identificar tais traços na tradição cultural chinesa. Já Jianfu Chen defende, concomitantemente, a atenção para a especificidade do caso chinês e a implementação de mecanismos institucionais para a concretização de direitos humanos constitucionalmente positivados – o que, não necessariamente, implicaria o controle difuso de constitucionalidade nos moldes estadunidenses tal qual proposto por Zhang. Jiang Shigong, por sua vez, autor classificado como neoautoritário, entende a discrepância entre texto constitucional e realidade política como um falso problema – a afastar, conseqüentemente, a necessidade da implementação de mecanismos quaisquer, enquanto outros autores, como Chengming Yang e Yucheng Guo, que lhe são próximos em outros

pontos, aceitam a legitimidade do problema – especialmente no que diz respeito à concretização da dignidade humana e o avanço da causa dos direitos humanos na China –, para então argumentar pela pertinência de alocar sua resolução seja ao Congresso Nacional, seja ao Partido Comunista propriamente dito.

Em suma, os caminhos do que poderíamos chamar de pensamento constitucional chinês, os nortes seguidos pela intelectualidade chinesa para pensar seu próprio fenômeno constitucional, são variados, complexos e de difícil esquematização. A amostragem de autores a seguir busca demonstrar essa variedade e complexidade.

4.1 A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO AUTÊNTICO DE DIGNIDADE HUMANA NA CHINA E SUAS IMPLICAÇÕES NA REDUÇÃO DO DÉFICIT DE SUBSTANCIALISMO CONSTITUCIONAL SEGUNDO ZHANG E JIANG

Em seu livro *Human Dignity in Classical Chinese Philosophy: Confucianism, Mohism, and Daoism*, Qianfan Zhang, professor de direito da Universidade de Pequim, busca responder se existe uma contribuição conceitual, da filosofia clássica chinesa, à compreensão conceitual do que seria a dignidade humana (e, existindo, qual seria). A seu ver, uma teoria constitucional embasada na dignidade humana tem muitas implicações na vida prática, ao trazer consigo, por exemplo, a capacidade inata de resolver tensões surgidas do conflito entre direitos e servir, portanto, de critério organizador da complexidade normativa. Em seu entender, a ênfase da perspectiva chinesa nas dimensões de reciprocidade e harmonia inerentes à dignidade humana tem a contribuir tanto doméstica como internacionalmente nesse tema.

Assim, um ponto em comum na perspectiva do autor entre os ensinamentos confucianos, maoístas e daoístas seria a noção de que o “respeito pela dignidade humana comanda que se o poder público quer ser legítimo ele deve tratar todos como um fim, e nunca como meros meios”, seja para a realização dos objetivos do próprio governo, seja “visando à manutenção da ordem social ou a estabilidade política”. Consequentemente, “o Estado e a sociedade precisam assumir tal crença moral seriamente, abstendo-se de qualquer ato positivo a impedir o desenvolvimento pessoal dessas virtudes”. A dignidade humana seria, nessa interpretação, “violada toda vez que uma pessoa é privada da oportunidade de desenvolver plenamente suas virtudes inatas, e qualquer privação em nome apenas da autoridade pública deve ser vista como um exercício ilegítimo do poder” (ZHANG, 2016, p. 202).

Já em seu artigo *A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China*, Zhang procura analisar os desenvolvimentos recentes do direito constitucional chinês a partir de duas perspectivas, retratadas por ele em dois episódios. Na primeira, ele analisa o

“caminho oficial” iniciado pela decisão da Suprema Corte do Povo no caso Qi Yuling, em 2001. Na segunda, no caminho “não oficial”, analisa-se o desenvolvimento populista simbolizado pelo incidente de Sun Zhigang em 2003, quando o povo, pela primeira vez desde 1989, protestou veementemente contra as ilegalidades de um governo local. Avaliando os sucessos e fracassos de ambas as alternativas, o artigo conclui pela necessidade de arranjos institucionais que possibilitem a efetivação da Constituição e, concomitantemente, o florescimento de uma tradição constitucionalista.

Especificamente sobre a diferença entre os discursos oficiais e as práticas reais chinesas, quanto ao tema da efetivação dos direitos e liberdades, os comentários de Zhang são significativos. Se por um lado, na maioria das vezes, as “leis e regulações na China parecem ter sido promulgadas com vistas ao bem comum”, o que pode se dar tanto como “consequência da boa vontade do governante”, como enquanto “resultado de constrangimento político”, com sua promulgação sendo muitas vezes fruto “da necessidade de aparecer de uma maneira atraente perante o povo”, por outro, todas essas novidades jurídicas permanecem “inutilizadas em razão da ausência de qualquer melhora no que diz respeito aos mecanismos institucionais para assegurar direitos” (ZHANG, 2010, p. 954).

Novamente aparece no texto de Zhang o estilo pautado por remissões à tradição chinesa para abordar as questões do constitucionalismo chinês contemporâneo. Assim, o autor retorna a Mêncio para lembrar que as leis não se aplicam sozinhas, do que se deriva a “necessidade de um governo moral e institucionalmente vinculado à execução fiel das leis”. Tendo isso em vista, e conquistado certo distanciamento, aqueles bem-sucedidos casos de constrangimento político, “como o caso Sun Zhigang, o incidente Tang Fuzhen” ou mesmo a famosa passeata na praça Xiamen, “quando mensurados contra o bem maior número de falhas no dia a dia da vida pública chinesa, ilustram que a luta por direitos pode ser uma luta rumo à subida de um morro extremamente íngreme”, se ausente o devido suporte institucional (ZHANG, 2010, p. 975).

Por conseguinte, protestos, demonstrações e outros modos de o povo se expressar e vindicar seus interesses necessitam da proteção por meio de arranjos institucionais efetivos, “como eleições periódicas de representantes públicos, liberdade para a formação de grupos políticos a competir pelo apoio dos constituintes, pesos e contrapesos entre os vários centros de poder, e o controle de constitucionalidade por tribunais imparciais”. Sem isso, a China restaria na sua atual situação, de uma constituição sem constitucionalismo, em razão da falta de “arranjos institucionais que mantenham seu governo responsável perante seus cidadãos, de modo que ele concretize fielmente a Constituição e as leis” (ZHANG, 2010, p. 976).

Em paralelo, cabe destacar o trabalho do Professor de Teoria do Direito da Universidade de Pequim, Shigong Jiang. Em recente artigo procura argumentar pelo caráter estrutural em toda e

qualquer ordem legal da dicotomia entre uma constituição escrita e uma constituição não escrita, sendo a primeira uma das formas de manifestação da segunda, intimamente relacionada à realidade política de cada nação. Mas não tão somente. As constituições não escritas condicionariam e determinariam a aplicação prática dos dispositivos constitucionais, de modo que as pesquisas em direito constitucional, se desejosas de assumir um caráter científico e não ideológico, deveriam se voltar para a sistematização das constituições não escritas. Especialmente na China, isso implicaria a abdicação de se denunciar ou acusar a República Popular da China de não se conformar com os ideais abstratamente importados do Ocidente, reconhecendo a importância da realidade constitucional para a ascensão do país à sua atual posição internacional, bem como seu papel na continuidade desta trajetória (JIANG, 2010, p. 14).

Não obstante, Jiang, em sua análise do estado de coisas do atual pensamento constitucional chinês, acaba por reconhecer que o constitucionalismo chinês se encontra em sua maioria estruturado a partir de referências ao constitucionalismo de modelo ocidental. Assim, tanto aqueles que propugnam por colocar abaixo o atual texto constitucional para erigir daí uma nova constituição mais democrática e verdadeiramente comprometida com direitos de dignidade, quanto aqueles que pensam o problema constitucional chinês como um problema de aplicabilidade do texto pelos tribunais, quanto ainda aqueles que propugnam por revisões pontuais no modelo constitucional chinês, estão, em sua grande maioria, condicionados a aplicar ideias ocidentais na interpretação dos conceitos constitucionais chineses, segundo Jiang (2010, p. 15).

Portanto, em que pese a distinta interpretação referente à necessidade de um controle de constitucionalidade por tribunais imparciais nos trabalhos de Shigong Jiang, suas conclusões também são no sentido da busca pelo desenvolvimento de um constitucionalismo chinês autêntico e autônomo aos modelos constitucionais tipicamente ocidentais. Mas não tão somente. Essa seria, na visão desse autor, a “verdadeira contribuição” que a China teria a fazer pela civilização humana. Assumir essa responsabilidade implicaria também “levar a ascensão da China a sério”, com a abordagem igualmente séria do “sistema constitucional que possibilitou o sucesso chinês”, com vistas a diminuir o descompasso entre “as inovações dos próprios estudiosos chineses” e a “criatividade prática” de seu povo e de seus governantes (JIANG, 2010, p. 43).

4.2 OS DESAFIOS DA CONSTRUÇÃO DE UMA CULTURA CONSTITUCIONAL CHINESA DE RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA NA TRÍPLICE SUPERAÇÃO DA TRADIÇÃO MILENAR, DA TRADIÇÃO SOCIALISTA E DA TRADIÇÃO OCIDENTAL, SEGUNDO CHEN E LIU

Em seu livro *Chinese Law: Context and Transformation*, Jianfu Chen, professor de Direito da La Trobe Law School, propõe uma apresentação sintética, porém historicamente orientada, do estado atual do direito chinês. O autor analisa os diversos âmbitos do direito chinês, com enfoque no confronto entre os impulsos de transformação e a permanência da tradição chinesa, seja aquela milenar, seja aquela mais recente, relativa a uma legalidade socialista.

Chen ressalta, quanto à Constituição, que o capítulo segundo do texto constitucional somente passou a realmente funcionar como uma carta de direitos fundamentais a partir da reforma de 2004. Isso demonstra o caráter conturbado da temática, até então, no contexto chinês. O autor pontua que a expressão “direitos humanos” era sistematicamente substituída pela expressão “direitos dos cidadãos”, o que implica uma sujeição desses direitos a questões de Estado e a uma possível seletividade. O autor identifica uma mudança a esse respeito a partir de 2004, mas com ressalvas. Desse modo, em que pesem os esforços de “muitas organizações internacionais de direitos humanos, ativistas de direitos humanos e dissidentes chineses” para tornar claro “o grande abismo entre direito e realidade”, as próprias fundações conceituais e teóricas dos direitos meramente positivados são marcadas por falhas preocupantes, ainda mais se interpretadas no contexto dos “constrangimentos impostos à sua efetivação” (CHEN, 2008, p. 130).

Assim, se a revisão de 2004 às “liberdades informais, particularmente nas esferas econômicas, foram expandidas de maneira bem considerável desde 1978, juntamente às bênçãos da liberalização econômica”, não se pode perder de vista, contudo, “as motivações iniciais para tanto”. Ainda que “a inclusão de provisões a respeito da dignidade e segurança pessoais tenham resultados de uma preocupação genuína com o tratamento cruel sofrido por milhões de chineses, incluindo os oficiais de alto escalão durante a Revolução Cultural”, essa atuação enfática na proteção dos direitos dos cidadãos “foi largamente motivada por considerações envolvendo a reconstrução da legitimidade do Partido, fortalecendo sua dominação, bem como o estabelecimento de uma ordem social estável para um desenvolvimento econômico suave” (CHEN, 2008, p. 131-132).

Chen, em sua análise, chama atenção para o peso do princípio marxista da “Unidade entre Direitos e Deveres” na configuração do sistema constitucional chinês de proteção de direitos e liberdades. O autor afirma que esse princípio mitiga o nível de proteção de direitos na China, pois as práticas estatais e as autoridades governamentais dão mais peso à dimensão dos deveres que à dos

direitos, ainda que um número crescente de acadêmicos chineses enfatize cada vez mais em seus discursos a importância dos direitos. Para Chen, o princípio pode ser inferido diretamente da Constituição, em seu artigo 33, o que reforça a resistência das autoridades governamentais a mudanças quanto a esta questão. Chen ressalta ainda que outros dispositivos da Constituição reforçam a posição governamental e dificultam as transformações. Tal é o caso do artigo 42 da Constituição, que, ao tratar o trabalho ao mesmo tempo enquanto direito e dever acaba por reforçar a leitura governamental (CHEN, 2008, p. 133).

Chen ressalta outro aspecto problemático da constitucionalidade chinesa, com raízes tanto na tradição milenar, quanto na experiência marxista-maoísta, consubstanciada na quase ausência de mecanismos de controle do Estado quanto ao respeito a direitos humanos básicos. Para ele, esta questão dá sinais de transformações desde 2004. As mudanças, porém, ainda são insipientes quanto a este importante aspecto da construção de uma sociedade respeitadora dos direitos humanos, segundo Chen. Afinal, “a Constituição deixa claro que os interesses do Estado, os quais devem ser interpretados pelas próprias autoridades estatais, estão acima daqueles dos indivíduos”. Essa dimensão afasta a aparente similaridade dos direitos presentes na Constituição chinesa para com as cartas ocidentais, segundo Chen, sendo uns e outros de qualidades distintas. Nesse sentido, o autor pontua que “não há nenhuma menção ao direito dos cidadãos ou de organizações de questionar a constitucionalidade das ações governamentais, ou qualquer mecanismo estabelecido para a efetivação de direitos constitucionais”, a sugerir a vedação de fato quanto à efetivação direta das provisões constitucionais perante um tribunal de justiça. Como resultado, “a proteção e o exercício dos direitos dos cidadãos” dependeriam “mais do desenvolvimento de estatutos individuais como, por exemplo, os referentes a direito administrativo, do que da própria Constituição” (CHEN, 2008, p. 135).

Consequência dessa realidade, a constatação de um abismo entre texto e realidade, sistema e prática, é um lugar-comum para um número considerável de juristas chineses. Para Jianfu Chen, a raiz deste problema é o poder, ou, melhor dizendo, a falta de pesos e contrapesos quando de seu exercício, e as consequências disso para proteção de direitos da pessoa. O resultado seria, em termos gerais, a “privatização dos poderes públicos”, o que tem por consequência, por exemplo, a crítica da dificuldade de se efetivar a lei independentemente, por meio da devida mediação de instituições justas que deveriam estar interpostas na relação entre indivíduos e governo. Ainda que, a esse respeito, se observem os esforços de alguns órgãos, em âmbito central ou local, infelizmente, esses não conseguem transcender os casos específicos para os quais são inicialmente mobilizados, a colocar dúvidas, no entender do autor, quanto à própria importância de se adotar leis especificadoras de direitos no atual sistema chinês (CHEN, 2007, p. 738). Parece que, de certa forma, as instruções

governamentais e as instruções do Partido ainda têm mais peso prático nas tomadas de decisão junto à jurisdição chinesa que as próprias leis abstratas, muito mais voltadas para serem uma resposta discursiva às expectativas de reconhecimento de direitos, que um instrumento de transformação propriamente dito.

Em artigo que se propõe a atualizar este debate, oito anos depois da análise feita por Chen em 2007, o autor, em suma, se refere aos quase dez anos transcorridos como uma “década perdida” no que diz respeito à constitucionalização substantiva do país. Chen afirma que a escolha do Partido por uma “modernização não segundo as expectativas ocidentais, mas segundo a realidade e as necessidades dos chineses”, infelizmente significou, nos últimos anos, não o engajamento por transformações humanitárias e sociais ao modo próprio, mas, isto sim, a preocupação por manter sob estrito controle do Partido o que se pode considerar na China como as “necessidades” dos chineses. Assim, para o autor, a proposta de modernização apresentada para a última década direcionou-se muito mais à manutenção da liderança e controle consolidados do Partido, do que ao estabelecimento de um sistema efetivo de freios e contrapesos sem os quais continua a ser tarefa inglória a luta e reivindicação por direitos na China (CHEN, 2007, p. 922).

Um exemplo dessa forma de encarar a questão dos direitos a partir do princípio da unidade entre direitos e deveres propagado pelas autoridades chinesas, e de como essa leitura encontra ecos na intelectualidade chinesa, pode ser encontrado em autores como Huawen Liu, Diretor Assistente do Instituto de Direito Internacional da Academia Chinesa de Ciências Sociais.

Liu possui uma abordagem constitucional muito consertada com a perspectiva governamental chinesa; e, ademais, verticaliza essa perspectiva na abordagem do tema do direito à dignidade. Liu explica e analisa o que seria a “teoria da dignidade” adotada, ainda que implicitamente, pelas autoridades chinesas. Para o autor, a particular interpretação oficial a respeito dos direitos humanos e da dignidade humana está em completa pertinência para com a realidade política chinesa. Assim, a preferência concedida à dimensão material da dignidade humana, então traduzida na ênfase nos direitos econômicos e sociais, seria uma exigência das circunstâncias nas quais a República Popular da China se vê inserida. Por fim, de todo modo, a dita “teoria”, em razão de sua pertinência, mostraria um acertado caminho para o desenvolvimento da causa dos direitos humanos na China (LIU, 2012).

Recentemente, em 2010, o então primeiro-ministro chinês, Wen Jiabao, na terceira sessão do nono Congresso Nacional Popular, declarou que todas as decisões e ações tomadas e adotadas pelo governo chinês têm em vista promover a felicidade e a dignidade dos cidadãos, bem como a promoção de uma sociedade justa e harmoniosa. Segundo Huawen Liu, a mídia chinesa não demorou em

apelidar tais declarações por “teoria da dignidade” da liderança chinesa. Tal teoria, em seu entender, não deixaria de estar em acordo com a política externa da República Popular da China, no que diz respeito a direitos humanos, em razão de sua coerência ou harmonia para com a natureza atribuída aos direitos humanos nos diversos instrumentos internacionais, seja das Nações Unidas, seja de outras comunidades ou organizações com as quais a China passou a compactuar (LIU, 2012, p. 368-368).

Mais ainda, para Huawen Liu, a “teoria da dignidade” avançada pelas autoridades chinesas estaria em acordo com as demais posições por elas declaradas, como a de um governo orientado para o povo, e de um desenvolvimento econômico e social cientificamente orientado. O que, em última instância, comprovaria que o governo chinês protege e respeita os direitos humanos, e que seu modo de o fazer contribuiria significativamente para o futuro desenvolvimento da causa dos direitos humanos na China (LIU, 2012, p. 368). Leituras como a de Liu, em nosso entender, coadunam-se com o discurso das estruturas de poder na China, e expressam a dificuldade de superação da herança política chinesa, tal como expressado por Chen.

4.3 OS DISCURSOS LAUDATÓRIOS SOBRE O PAPEL DO PARTIDO COMUNISTA CHINÊS NA CONFIGURAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CHINA, SEGUNDO XIAOWEN YE E XIAOLING ZHANG

Xiaowen Ye, da Sociedade para Estudos em Direitos Humanos da China, propõe responder a três perguntas recorrentes no cenário internacional a respeito da causa dos direitos humanos na China. A principal delas, a informar todas as demais, diz respeito ao papel do Partido Comunista da China em relação ao Estado chinês e, conseqüente e especificamente, o desenvolvimento e proteção dos direitos humanos no país. Para o autor, é o Partido Comunista que possibilita a tradução dos valores universais a determinar o conteúdo dos direitos humanos à realidade concreta chinesa, em razão de seu comprometimento para com o povo chinês. Esse autor, portanto, traz uma leitura favorável ao papel constitucional do Partido na proteção dos direitos humanos.

Para Ye, a importância e a centralidade do Partido Comunista da China não podem ser ignoradas ou menosprezadas, estendendo-se, por evidente, às interpretações disseminadas e concorrentes a respeito dos direitos humanos pela jurística chinesa. Nesse sentido, Xiaowen Ye defende, por exemplo, em tons de causalidade pretensamente científica, que o Partido protege os direitos humanos em razão de seu princípio fundamental de agir a serviço do povo. Mais importante, contudo, é a sua posição privilegiada para escolher a maneira correta de efetivar os direitos humanos, em acordo com a lógica histórica e as condições nacionais da China, com vistas à sua libertação e promoção de seu desenvolvimento econômico e social. Tal curso de ação, embasado na doutrina

científica de desenvolvimento adotada pelo Partido, rompe, no entender do autor, com a dicotomia supostamente tradicional quando da efetivação dos direitos humanos, isto é, entre indivíduo e Estado. Assim, respeitar-se-ia a universalidade dos direitos humanos ao dar prioridade ao direito à vida e à subsistência; à igualdade de participação e desenvolvimento, ao garantir um desenvolvimento econômico e social constante e acelerado; à liberdade do povo, pela proteção da ordem pública. Em suma, ao se desenvolver econômica e socialmente, a República Popular da China, liderada pelo Partido Comunista, estaria caminhando, segundo o autor, rumo à harmonização e à emancipação humana, com o conseqüente progresso de sua causa quanto a direitos de dignidade (YE, 2012).

Já Xiaoling Zhang, Diretora do Centro de Estudos em Direitos Humanos da Escola do Partido Comunista da China, procura explicar de que modo o governo chinês vem procurando proteger e respeitar os direitos humanos, com sua ênfase em direitos econômicos e sociais, e de que modo tal curso de ação tem gerado resultados positivos, de modo a se poder falar em um progresso da causa dos direitos humanos na China.

Na interpretação de Zhang, a dignidade está enucleada, no sistema constitucional chinês, no direito à subsistência. Porém, para essa autora, “o direito à subsistência se traduz no direito do povo de viver com decência, cobrindo todo o conteúdo básico dos direitos à vida, bem como dos direitos econômicos, sociais e culturais” (ZHANG, 2012, p. 434). Assumi-lo enquanto o mais importante dos direitos humanos é uma exigência das “circunstâncias concretas” da China, as quais se encontram adequadamente levadas em consideração pelo governo chinês e pelo Partido Comunista da China, ao determinarem que o desenvolvimento econômico é a tarefa central, de mais suma importância, e primeira prioridade do governo. Para a autora, por conseqüência, desde 1978, muitos são os ganhos da população chinesa. Por exemplo, 200 milhões de pessoas foram retiradas da pobreza, a expectativa de vida aumentou para 73 anos e meio, bem como toda a população chinesa, de todas as idades, cursou os nove anos compulsórios do ensino fundamental, no que diz respeito ao ano de 2010. A autora acrescenta que as garantias de subsistência vêm sendo incrementadas na China, com melhoramento e ampliação das condições de acesso a moradia, emprego e serviços básicos. Para Zhang, a atual política vem desenvolvendo o direito à subsistência em direitos econômico, sociais e culturais, tudo por meio da atuação positiva do Partido Comunista chinês (ZHANG, 2012, p. 434-437).

4.4 CETICISMO QUANTO AO DISCURSO OCIDENTAL DOS DIREITOS HUMANOS E AS MARCAS DE UM OLHAR MARXISTA NA ATUALIZAÇÃO DO DEBATE SOBRE DIREITOS HUMANOS NA CHINA, SEGUNDO AS LEITURAS DE YUNHU, SUN E WU

Dong Yunhu, Secretário da Sociedade para Estudos em Direitos Humanos da China, considerado por muitos como a maior autoridade em direitos humanos na China, em seu texto programático e estratégico, busca identificar a importância dos direitos humanos enquanto discurso legitimador da dominação hegemônica do Ocidente na comunidade internacional, de que maneira esta situação pode ser contestada, e eventualmente invertida em favor da China e de sua concepção distinta da causa dos direitos humanos.

De certa maneira, quem quer que detenha o direito de discurso e dominação no campo dos direitos humanos ocupa o mais elevado estrato moral, mestre da opinião pública internacional. A luta internacional pelos direitos humanos é, essencialmente, a luta pelo direito de discurso e por dominação. No presente, a comunidade internacional não só está cheia de expectativas quanto ao desenvolvimento chinês, mas também com dúvidas, e os problemas envolvendo direitos humanos são sempre os principais instrumentos utilizados pelo mundo Ocidental para distorcer e difamar a China, enganando a opinião pública internacional. Portanto, a inovação e o desenvolvimento do discurso de direitos humanos chinês e o melhoramento do discurso jurídico de direitos humanos da China não são só os únicos requerimentos para contra-atacar a ofensiva ocidental de direitos humanos, salvaguardando a segurança nacional, mas também o requisito inevitável para melhorar tanto a imagem nacional como seu poder suave, criando um contexto favorável com a opinião pública internacional para a pacífica ascensão da China. (YUNHU apud SUN, 2015, p. 212).

Pinghua Sun, professor da Universidade de Ciência Política e Direito da China, busca desenvolver e sistematizar, com aportes empíricos, o programa proposto por Dong Yunhu (acima explicitado), ao contrastar as perspectivas chinesa e ocidental, e como o discurso de direitos humanos resultante da segunda acaba por prejudicar e atrapalhar, em sua visão, a ascensão da República Popular da China. Os traços fundamentais de uma alternativa chinesa ao discurso ocidental dos direitos humanos buscam ser identificados, e sugestões de como eles podem ser desenvolvidos são propostas, juntamente à promoção da tarefa de desenvolvê-los.

Assim, mesmo constatando todos os problemas e desafios da atual sociedade chinesa, Sun constrói um discurso com pretensões performáticas encarando o Ocidente como o outro a ser superado e propondo o desenvolvimento dos discursos e das práticas dos direitos humanos na China como estratégia para assumir uma liderança geopolítica. Nas palavras do autor, só quando os intelectuais chineses fortalecerem “as pesquisas em problemas realistas, explorando estratégias e métodos para resolvê-los”, poderá a China “enfrentar bravamente os desafios dos poderes do Ocidente, com suas acusações e críticas”. O discurso dos direitos humanos chinês serviria então como base para a ocupação de seu posto de comando quanto ao “discurso internacional de direitos humanos nas trocas internacionais, alcançando efetividade racional, benéfica e procedimental” (SUN, 2015, p.

211-212).

Por outra parte Xiaohui Wu propõe, em interessante artigo, explicar as particularidades da interpretação chinesa dos direitos humanos, afastando as aparentes deficiências em comparação com as democracias liberais do Ocidente, ao vinculá-la à sua tradição marxista-leninista, e ao analisar de que modo tal tradição está em acordo com a realidade chinesa. Assim, Wu começa por constatar que, ainda que a Constituição de 1982 inclua muitos dos mesmos direitos das democracias liberais ocidentais, há deficiências e limitações no texto constitucional chinês mesmo depois de suas reformas, se ele pretende ser a base da proteção completa de direitos civis e políticos na China (WU, 2002, p. 343).

O autor busca identificar a peculiar forma chinesa de encarar a questão da promoção de direitos humanos, por meio de três características fundamentais a marcar o DNA do constitucionalismo chinês. Em primeiro lugar, o discurso sobre direitos humanos da República Popular da China se pauta no entendimento de que as questões correlatas são, em sua maioria, matéria “dentro da jurisdição doméstica ou da soberania de cada país”. Consequentemente, “críticas estrangeiras acerca dos direitos humanos na China são interpretadas como interferências em seus assuntos domésticos”. Segundamente, “o desenvolvimento econômico” é posto como fundamento dos direitos humanos, determinando “a extensão de garantia desses direitos”. O sistema de direitos resultante dessa postura tem o direito à subsistência como o mais importante, com o governo chinês dando precedência, “em razão de sua enorme população e falta de modernização”, à “alimentação, moradia, saúde e educação em detrimento de outros direitos”. Em terceiro, e por fim, direitos e deveres dos cidadãos seriam inseparáveis. Todo cidadão, assim, gozaria de seus direitos ao mesmo tempo que “precisa cumprir com suas obrigações prescritas em lei”. Os direitos humanos estariam assim “sempre sujeitos a limitações em seu gozo, as quais os governos estão legitimados a impor” (WU, 2002, p. 343-344).

Nesse sentido, a ilação da herança marxista como a forma peculiar com a qual os chineses tratam a promoção de direitos humanos, privilegiando o aspecto da satisfação do mínimo existencial e, em geral, calando sobre os direitos civis, de liberdade privada e política, possui função-chave na compreensão da promoção de direitos humanos no constitucionalismo chinês. De imediato, para uma “Nação há muito sujeita à crise e caos, pareceu razoável para a República Popular em seus primeiros anos de existência dar prioridade ao direito de subsistência ante outros tipos de direitos”. Mais ainda, na avaliação de Wu, desde a fundação da República Popular da China em 1949 “o sistema econômico socialista” foi “muito bem-sucedido em assegurar a equitativa distribuição de bens, de modo que as necessidades básicas da população fossem atendidas, apesar do baixo nível tecnológico, e da baixa

renda *per capita* do país”. Ao assim fazê-lo não só na teoria como na prática, tornar-se-ia difícil negar “que a China teve sucessos memoráveis em atender as necessidades básicas do povo com sua prática até então” (WU, 2002, p. 368).

5 CONCLUSÃO

A história constitucional chinesa demonstra a história de uma Constituição que vai se moldando à planificação construída pelo Partido Comunista chinês. Em sua conformação atual, a experiência constitucional chinesa apresenta vários sinais da permanência da primazia do político sobre o jurídico e do econômico sobre o jurídico. Veja-se que os direitos fundamentais na China são todos eles apresentados como algo que o Estado provê e que o Estado estabelece, nos termos daquilo que o Estado planifica. Assim, a linguagem constitucional chinesa não superou o paradigma da primazia do interesse público estatal. Se é o Estado que provê o direito ao trabalho e se é o estado que oferece o direito à vida, por exemplo, então, do ponto de vista lógico, tais direitos não são oponíveis ao Estado, nem podem ser apresentados como resistência às planificações estatais da economia e da sociedade. Os direitos fundamentais são, assim, instrumento de gestão e estabilização da progressiva abertura social e democrática da China, mas não são (pelo menos ainda) a baliza fundamental da institucionalidade jurídico-política chinesa.

O isolacionismo chinês aparece, tal qual o tão debatido e, historicamente, mais recente isolacionismo americano (HIRSCHL, 2014, p. 28-31), como uma outra possível postura, marcada, particular e atualmente, por sua resistência ao controle judicial de constitucionalidade e ao controle internacional de convencionalidade. As raízes estruturais dessa opção chinesa retrocedem ao período Dinástico, em razão da consolidação de uma autointerpretação calcada na superioridade chinesa, e se reafirmou nos períodos soviético e maoísta, deixando, ainda, marcas no modo chinês de “abertura” à economia, sem qualquer abertura real à interconstitucionalidade, quando, então, o discurso dos direitos humano-fundamentais pôde tornar-se apenas discurso, no jogo das relações internacionais comerciais.

Quanto aos resultados da pesquisa desenvolvida acerca da dignidade da pessoa humana na cultura constitucional chinesa: as bases tradicionais chinesas são evidentemente não ocidentais (e poderíamos dizer, com Jullien, radicalmente não ocidentais), e uma assimilação correlata forte e estável do constitucionalismo ocidental é algo bastante duvidoso. Vimos nesse trabalho que a tradição normativa chinesa é marcada tanto pela presença de profundas mundivisões – como o confucionismo, o taoísmo e o legalismo – quanto por uma mais que milenar experiência burocrática e de gestão do

poder em territórios de dimensão continental. Como legado, concluímos, em suma, que essa tradição marca a China como uma sociedade bastante permeável a lógicas de hierarquização, bem como a lógicas de exercício incontestado do poder, e da superposição do dever ao direito. De outra parte, é possível ver na China uma peculiar vocação para a harmonia social, na mesma medida em que é possível colocar em dúvida se a ideia chinesa de harmonia social guarda relação com a ideia de promoção da dignidade humana (pelo menos quanto à sua configuração ocidental).

A experiência chinesa de modernização ocidentalizante é complexa. Como vimos, conta tanto com uma primeira fase construída em termos próximos a um liberalismo nacionalista, quanto com uma segunda fase marcada pela recepção do modelo socialista soviético, por sua vez seguida de uma radicalização à própria maneira do Socialismo de Estado na experiência do Maoísmo e da Revolução Cultural, culminando, por fim, em um processo autodenominado de “abertura”, atualização e flexibilização do modelo socialista, que permitiu tanto a peculiar introdução chinesa do capitalismo no socialismo quanto a suposta, ou pelo menos oficialmente anunciada, ascensão da ordem constitucional ao patamar de superioridade na hierarquia nomológica estruturadora do Estado chinês.

As análises e reflexões críticas desenvolvidas nessa pesquisa permitiram concluir que a cultura constitucional chinesa contemporânea, em que pesem as transformações em direção ao discurso dos direitos civis e sociais, ainda se faz marcada por um utilitarismo e um pragmatismo constitucional (um uso estratégico e instrumental do discurso constitucional), daí derivando uma dificuldade de se tratar a Constituição e os direitos fundamentais como fim da experiência político-estatal, continuando esses a funcionar muito mais como meio legitimador do fazer político em tempos de globalização, que como razão de ser do Estado e do Partido.

Assim sendo, apesar da demonstração que fizemos da presença do discurso dos direitos humanos e da dignidade humana na nomologia constitucional chinesa, constatamos que a herança marxista-maoísta (recente, se consideramos a cronologia chinesa) mitiga a força normativa desses dispositivos constitucionais, tendo em vista a permanência de técnicas de exercício da regulação social e organização das políticas públicas centradas em um sistema político em que o foco são os norteados e metas do Partido Comunista chinês (que pode ser considerado o amálgama da elite burocrática chinesa). Internamente, a elite burocrática chinesa entende que a experiência de partido único não impediu a consolidação de um sistema democrático de deliberação política em seu país, mas a impossibilidade, por exemplo, de o Poder Judiciário na China citar diretamente a Constituição como fonte para decidir e julgar questões envolvendo direitos civis e sociais (tal como demonstrado na tese) evidencia, no mínimo, um desequilíbrio no balanceamento de poderes na cultura

constitucional chinesa, cujo resultado se traduz, sobretudo, em uma dificuldade de empoderamento da sociedade civil chinesa ante o *status quo* político estabelecido.

No contexto desse estado de coisas, foram analisadas criticamente nessa pesquisa uma amostragem de posicionamentos de intelectuais chineses dedicados ao estudo do fenômeno constitucional, dos direitos humanos e do discurso da dignidade humana na China. Dessa análise concluiu-se por um complexo cenário de posições no atual debate chinês acerca desses temas. Uma possível tipificação explicativa alcançada na tese organiza o debate constitucional sobre direitos fundamentais na China em uma dicotomia entre aqueles autores que procuram defender uma interpretação da dignidade humana exclusivamente como “direito a subsistência”, e aqueles que a entendem em termos mais voltados a direitos de “autoexpressão”, especialmente vinculados à participação política, expressão e liberdade de pensamento, autonomia individual, etc.

Para os primeiros, a baixa permeabilidade da China à conversação global, seja por questões geopolíticas, ou por questões culturais, aparece como pressuposto determinante da interpretação da dignidade humana, que assume um caráter instrumental, como consequência de se entender direitos em uma perspectiva utilitária ou pragmática.

Já para a segunda tipificação de autores, é justamente a internacionalização da China e a “racionalização” de seu sistema legal que direcionariam a concepção de dignidade que deveria, segundo eles, vingar na China. A objeção dos primeiros a esses normalmente se dá na acusação do caráter acriticamente ocidentalizante que, por vezes, possui.

O primeiro grupo de autores, que acaba por ser maioria hoje na cultura constitucional chinesa, fundamenta aquela interpretação tanto pela permanência na tradição marxista-leninista-maoísta, quanto pela alternativa de emprego de uma perspectiva científicista sobre desenvolvimento, com a peculiar nota da inversão, na China, do axioma sustentado pelo *Law & Development*, de que a implementação do Estado de direito implicaria desenvolvimento social e econômico. Assim, para o grupo majoritário de constitucionalistas chineses, seria, como vimos, o desenvolvimento econômico e social que acabaria resultando em um avanço no que concerne aos direitos humanos, em concomitância à contínua ascensão da nação enquanto ator global.

Já no segundo grupo de autores, vimos que a abordagem acaba por ser mais denunciativa, dando ênfase nas insuficiências e omissões das práticas governamentais chinesas quanto à promoção de direitos de dignidade, bem como se sustentando com recurso a experiências no direito comparado.

A denúncia de casos de desrespeito patente e latente aos direitos humanos na China contemporânea acaba por aparecer (ainda que de forma não ostensiva) na literatura produzida por essa segunda perspectiva, enquanto se faz praticamente inexistente na produção intelectual dos

constitucionalistas chineses ligados ao *status quo*.

Assim, configura-se na China um hiato entre declaração e promoção de direitos humano-fundamentais. O caso chinês não é o de um país que não cumpre suas leis (como nos parecer ser o caso brasileiro). O caso chinês é o caso de um país que cumpre suas leis, mas que enxerga os deveres nelas previstos como superiores e anteriores aos direitos, e as regulamentações administrativo-burocráticas como as balizas principais, em que a Constituição é apenas um símbolo de uma nova utopia (a do desenvolvimento econômico pleno), cuja busca justifica e legitima regras do dia a dia que contrariam a própria utopia constitucional.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. “He visto el futuro y funciona”: el crecimiento bajo instituciones extractivas. In: ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza**. Barcelona: Deusto, 2012, p. 153-184.

AGOSTINI, Eric. **Direito Comparado**. Tradução Fernando Couto. Porto: Res Jurídica, [198-?].

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENITEZ-SHAFFER, Florencia. La incorporación de Elementos Jurídicos europeos en China. In: **XII Congreso Internacional de ALADAA**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007.

CAICEDO, Aparicio Castillo; SANTIVÁNEZ, Martín Vivanco. Notas sobre el Régimen Jurídico y la Constitución de la República Popular China. In: DOMINGO, Rafael. **China, el dragón rampante**. Madri: Thomson Aranzadi, 2007.

CHEN, Jianfu. A Great Leap Forward or a Symbolic Gesture? The Revision of the Constitution in the PRC, **China Perspectives**, n. 15, 2004.

CHEN, Jianfu. **Chinese Law: Context and Transformation**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

CHEN, Jianfu. The Transformations of Chinese Law. **Hong Kong Law Journal**, v. 37, n. 2, p. 689-739, 2007.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Reconhecimento, Experiência e Historicidade: considerações para uma compreensão dos Direitos Humano-Fundamentais como (in)variáveis principiológicas do direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: **XXI Congresso Nacional do CONPEDI**. O Novo Constitucionalismo Latino Americano: desafios da sustentabilidade. UFF, Niterói/RJ, 31 de outubro a 03 de novembro de 2012, p. 275-295.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e

histórico-especulativo para o direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 34, n. 1, p. 98-115, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. O Sistema Lusófono de Direito. **Revista da Ordem dos Advogados** – Ano 70. Lisboa: Ed. Ordem dos Advogados, janeiro – dezembro, 2010.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Estado**. Lisboa: Editora Quid Juris, 2009.

FAN, Jizeng. Constitutional transplant in The People's Republic of China: The Influence of the Soviet Model and Challenges in the Globalization Era. **BRICS Law Journal**, v. 2, n. 1, p. 50-99, 2015.

FERNANDEZ PEREZ, Bernardo. El Nuevo Orden Constitucional de La República Popular China. **Boletín Informativo del Departamento de Derecho Politico**, n. 1, p. 87-111, 1978.

GRANET, Marcel. **La pensée chinoise**. Paris: Albin Michel, 1934.

HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: the renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 28-31.

INCHAURRAGA, Íñigo González. Derecho Chino: Una introducción para diplomáticos, empresarios y políticos. **The Global Law Collection**. Editorial Aranzadi, 2015.

JIANG, Shigong. Written and Unwritten Constitutions: A New Approach to the Study of Constitutional Government in China. **Modern China**, v. 36, n. 1, p. 12-46, 2010.

JIHONG, Mo. **El Derecho Constitucional en China**. Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 10 out. 2015.

JULLIEN, François. **O Diálogo entre Culturas: do universal ao multiculturalismo**. Tradução André Telles. Apresentação e revisão técnica Danilo Marcondes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. O conceito de Interesse público e a personificação do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, p. 114-136, São Paulo, 1999.

LIU, Huawen. The Establishment of Human Rights Concepts Based on “Theory of Dignity”. In: CHINA SOCIETY FOR HUMAN RIGHTS STUDIES (Ed.). **Cultural Traditions, Values, and Human Rights**. Pequim: China Intercontinental Press, p. 360-361, 2012.

MAZZA, Mauro. **Lineamenti di diritto costituzionale cinese**. Università Degli Studi di Bergamo. Milão: Giuffrè Editore, 2006.

MEZETTI, Fernando. **De Mao a Deng: as transformações da China**. Tradução Sérgio Duarte. Brasília: Editora UnB, 2000.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). **Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: China** (incluidos Hong Kong (China) e Macao (China)). Consejo de Derechos Humanos, 25º período de sesiones, 2013.

RAMIRO AVILÉS, Miguel Angel. **China y los Derechos Humanos**. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, 2010.

RAMOS, Marcelo Maciel. **A invenção do Direito pelo Ocidente**: uma investigação face à experiência normativa da China. 2010. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2010.

RAMOS, Marcelo Maciel; ROCHA, Rafael Machado. O ressurgimento do confucionismo político na China: um novo constitucionalismo chinês? In: BUSTAMANTE, Thomas et al. (Org.). **O constitucionalismo**: limites e novas possibilidades. Belo Horizonte: Initia Via, 2015, p. 110-124.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. Constituição da República Popular da China. **Administração**, nº 48, vol. XIII, 2000, p. 687-721 (versão em língua portuguesa, tradução não oficial). Disponível em: <<https://goo.gl/fzXKj2>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

RIOS, Xulio. Rusia y China: una alianza con reservas. In: RIOS, Xulio (Ed.). **Política exterior de China**: La diplomacia de una potencia emergente. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2005.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Ideia de Justiça no Mundo Contemporâneo**: Fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. **Revista do Tribunal de Contas**, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, abr.-jun., p. 37-68, 1998.

SULI, Zhu. Political Parties in China's Judiciary. **Duke Journal of Comparative & Internacional Law**, v. 17, p. 533-560, 2007.

SUN, Pinghua. Chinese Discourse on Human Rights in Global Governance. **The Chinese Journal of Global Governance**, v. 1, p. 192-213, 2015.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. V. I. Coimbra: Almedina, 2012.

WU, Xiaohui. Human Rights: China's Historical Perspectives in Context. **Journal of the History of International Law**, v. 4, p. 335-373, 2002.

YE, Xiaowen. Three questions on human rights in China. In: CHINA SOCIETY FOR HUMAN RIGHTS STUDIES (Ed.). **Cultural Traditions, Values, and Human Rights**. Pequim: China Intercontinental Press, p. 421-422, 2012.

ZHANG, Qianfan. A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 4, p. 950-976, 2010.

ZHANG, Qianfan. **Human Dignity in Classical Chinese Philosophy**: Confucianism, Mohism, and Daoism. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2016.

ZHANG, Xiaoling. Experience of China in respecting and guaranteeing human rights. In: CHINA SOCIETY FOR HUMAN RIGHTS STUDIES (Ed.). **Cultural Traditions, Values, and Human Rights**. Pequim: China Intercontinental Press, 2012.

Diva Julia Sousa da Cunha Safe Coelho

Doutora em Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade de Barcelona. Mestre em Filosofia Política pela Universidade Federal de Goiás. *E-mail*: diva.julia@hotmail.com

Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com estágio pós-doutoral na Universidade de Barcelona. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (Mestrado Profissional) da Universidade Federal de Goiás. *E-mail*: saulopintocoelho@yahoo.com.br

Ricardo Martins Spindola Diniz

Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. *E-mail*: ricardo.ms.diniz@gmail.com