



REPENSANDO O PLURALISMO JURÍDICO E O DIREITO ASIÁTICO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO¹

*RETHINKING LEGAL PLURALISM AND ASIAN LAW
IN THE FACE OF GLOBALIZATION*

Arinori Kawamura

Doutor em direito pela Universidade de Kobe (2006). Mestre em direito pela Escola de Pós-Graduação de Rokkodai (2001) Professor Associado da Escola de Humanidades e Ciências Sociais da Universidade de Nagasaki, Japão.

Resumo

O direito ocidental é um conjunto de regras sistemáticas e abrangentes baseadas, em primeiro lugar, nos sistemas jurídicos dos Estados ocidentais modernos; segundo, o constitucionalismo baseado na democracia liberal; terceiro, economias de mercado capitalistas baseadas na liberdade individual; quarto, a tradição do direito romano; e, quinto, a ética cristã. O direito não ocidental, ao contrário, em muitos casos, não tem uma estrutura elaborada ou sólida baseada em um mecanismo especial, e não é bem definido de forma a demarcar a fronteira entre legalidade e ilegalidade; em vez disso, é flexível. O direito não ocidental também é chamado de direito consuetudinário e outros nomes semelhantes. Assim, "direito", conforme usado no sentido de direito não ocidental, é um híbrido cultural e, portanto, é impossível compreender com precisão o direito não ocidental usando os padrões de legalidade e ilegalidade empregados no estudo do direito ocidental. Neste artigo, irei focar no estilo chinês do "*rule of law*" por meio da análise e classificação de pontos de vista sobre o "*rule of law*" nos círculos acadêmicos jurídicos chineses e discutir as questões que cercam o "postulado de identidade da cultura jurídica" no direito asiático em face da globalização, descrevendo o problema causado pela combinação do direito ocidental com o direito não ocidental.

Palavras-chave: Direito asiático; Estado de Direito, Pluralismo jurídico, Postulado de identidade da cultura jurídica; Globalização.

¹ Artigo traduzido do original em inglês "Rethinking legal pluralism and Asian law in the face of globalization" publicado pelo autor no "The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law" (v. 48, n. 3, 2016). Tradução do inglês por Julie Katlyn Antunes Schramm. Revisão da tradução por Marcos Augusto Maliska.

Abstract

Western law is a bundle of systematic, comprehensive rules based on, first, modern Western states' legal systems; second, constitutionalism based on liberal democracy; third, capitalist market economies based on individual freedom; fourth, the Roman law tradition; and, fifth, Christian ethics. By contrast, in many cases, non-Western law has no elaborate or solid structure based on a special mechanism, and it is not clear-cut in such a way as to clearly demark the boundary between lawfulness and unlawfulness; rather, it is flexible. Non-Western law is also referred to as customary law, and other such names. Thus, "law," as used in the sense of non Western law, is a cultural hybrid, and thus it is impossible to accurately understand non-Western law by using the standards for lawfulness and unlawfulness employed in the study of Western law. In this paper, I will focus on the Chinese-style of the "rule of law" through analyzing and classifying views on "rule of law" in Chinese legal academic circles and discuss the issues surrounding the "identity postulate of a legal culture" in Asian law in the face of globalization by describing the problem caused by blending Western law with non-Western law.

Keywords: Asian law; Rule of law; Legal pluralism; Identity postulate of a legal culture; Globalization.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O conteúdo, os fundamentos para a justificação e os limites do Estado de Direito estão sendo considerados em muitos países asiáticos.² Também no Japão, o Estado de direito é discutido em vários contextos, muitas vezes contraditórios e complexos, e há diferentes visões entre os teóricos a respeito do Estado de direito e sua realização.

Na China, o termo "*the rule of law*" é agora uma palavra da moda e um slogan popular na sociedade. Uma tarefa desafiadora em relação ao "*rule of law*" é que, à medida que as relações entre as pessoas se tornam mais complexas e a diversidade é apenas vagamente reconhecida, dar efeito ao "*rule of law*" é difícil e muitas vezes contraditório, e diferentes maneiras de resolução devem ser encontradas (Peerenboom, 2003). A discussão sobre o "*rule of law*" deve incluir o desenvolvimento

² Os últimos desenvolvimentos no Japão a respeito do tema encontram-se na A Conferência Acadêmica da Associação Japonesa de Filosofia Jurídica, que abordou "O Estado de Direito na Sociedade Japonesa Moderna - Ideia, Realidade e Perspectivas" no ano de 2005. Eles discutiram qual deve ser a ideia principal do Estado de Direito com base no pressuposto da atual reforma dos sistemas judiciários e qual é a base filosófica ou a justificativa para tal. Para detalhes, "The Rule of Law in Modern Japanese Society – Idea, Reality and Outlook" editado pela Japan Association of Legal Philosophy (Legal Philosophy Annual Report 2005; Yuhikaku).

jurídico, o transplante de direito estrangeiro e a "Chinanização" dos sistemas jurídicos estrangeiros.

Neste artigo, vou focar no estilo chinês do "*rule of law*" por meio de minha observação, análise e classificação dos pontos de vista sobre o "*rule of law*" nos círculos acadêmicos jurídicos chineses e especular sobre o direito asiático em face da globalização, com foco em dois conceitos retirados da trajetória acadêmica de Masaji Chiba em suas pesquisas, especificamente o de "pluralismo jurídico" e o de "postulado de identidade da cultura jurídica". Com base nisso, discutirei as questões que cercam o "postulado de identidade de uma cultura jurídica" no direito asiático em face da globalização, descrevendo o problema causado pela combinação do direito ocidental com o direito não ocidental.

2. DISCUSSÕES SOBRE O “RULE OF LAW” NO ESTILO CHINÊS

As discussões sobre o Estado de direito nos círculos acadêmicos jurídicos chineses podem ser classificadas em três tipos: primeiro, o argumento para o Estado de direito que é compatível com o sistema político nacional chinês, ou Socialismo Chinês; segundo, o argumento a favor do Estado de direito que deve avançar em direção à perspectiva ocidental ideal de modernização; e terceiro, o argumento para buscar o Estado de direito que é exclusivo da China, partindo da ordem e dos princípios tradicionais chineses.

2.1. “Rule of law” compatível com o sistema político chinês

O modelo de Estado de direito socialista de Sun Guo-Hua é um exemplo de argumentos para uma compreensão do Estado de Direito compatível com o sistema político nacional chinês (SUN, 2002). Ele argumenta que o Estado de Direito deve partir das condições nacionais chinesas, escolher as teorias demandadas com o propósito de construir o socialismo de estilo chinês e, então, revisá-las para implementá-las (SUN, 2002, p. 10).

Um núcleo de seu modelo é a tríade da democracia popular, liderado pelo Partido Comunista e governado de acordo com o direito: unir-se mantendo a liderança do Partido, aumentando a democracia popular e governando o Estado pelo direito (SUN 2002, p. 157-159). Ele argumenta que é importante para o Partido e o Estado

compreender e lidar com as seguintes cinco relações com base em experiências e lições, conduzidas pelo marxismo-leninismo, pelo maoísmo e a pela teoria de Deng Xiaoping: (1) a relação entre política e economia; (2) a relação entre autocracia e democracia; (3) a relação entre o Partido e a política; (4) a relação entre sistemas e pessoas; e (5) a relação entre direito e ideias, política e moral (SUN, 2002, p. 159-172). Ele também lista o seguinte como o conteúdo básico do modelo de um Estado de direito socialista: (1) soberania do povo; (2) a garantia dos direitos humanos; (3) contenção do poder; (4) tornar os sistemas jurídicos razoáveis e completos; (5) igual proteção das leis; (6) supremacia e efeito universal da Constituição = Direito; (7) independência judicial; e (8) restrição das atividades do Partido dentro da Constituição e do Direito (SUN, 2002, p. 172-178). Seu modelo de um Estado de Direito socialista escolhe alguns dos princípios do direito ocidental, dependendo do sistema político chinês atual; e ele pensa que a ideologia do Partido e do Estado deve prevalecer quando tal escolha é feita.

Shiro Kiyomiya (1979), um jurista japonês especializado em direito constitucional, afirma que "O Estado de Direito, em cooperação com o liberalismo e a democracia, é a proteção dos direitos e liberdades dos indivíduos contra as autoridades governamentais." O modelo de Estado de Direito socialista exposto acima não inclui a noção de garantia dos direitos humanos sob o liberalismo, o que é bastante diferente do modelo de Estado de Direito estabelecido na Seção 2.2.

2.2. O “*rule of law*” baseado no pensamento jurídico ocidental

Hoje em dia, muitos estudiosos do Direito na China apoiam as perspectivas ocidentais de modernização do Direito, com base no modelo da modernização jurídica ocidental e no estabelecimento do *rule of law*, comparando-o com o desenvolvimento do Direito em outros países. Um argumento típico é apresentado por Chen (1998), o qual cita os três pontos abaixo como conteúdos conceituais do Estado de Direito. Em primeiro lugar, ele argumenta que o Estado de Direito consiste em resolver as contradições, confrontos ou litígios na sociedade humana de uma forma pacífica, por meio de procedimentos legais ou mecanismos judiciais, não pela força (CHEN, 1998, p. 74). Em segundo lugar, referente ao estabelecimento de direitos humanos e garantias de liberdade dos indivíduos sob o liberalismo, ele afirma que a lei precisa ser específica, objetiva e previsível quanto ao seu alcance (CHEN, 1998, p.75-76).

Terceiro, referindo-se ao estabelecimento da democracia constitucional, ele aponta que os poderes judiciais independentes e os sistemas de votação, dando uma cédula eleitoral para cada cidadão, podem desempenhar um papel importante (CHEN, 1998, p. 77-78). Ele ainda chama a atenção para o risco de se deixar ambíguo o que o *rule of law* significa, e relaciona o seguinte como conteúdo do *rule of law*: (1) ordem social (garantia de vida e direitos de propriedade das pessoas); (2) atividades do governo de acordo com o direito – as atividades do Estado ou do governo devem cumprir a lei; (3) controle do poder administrativo – prevenção de abusos de poder por parte do governo e garantia dos direitos e interesses das pessoas; (4) independência do poder judicial; (5) obediência dos órgãos administrativos aos judiciais – os órgãos administrativos do governo devem obedecer às leis e serem dirigidos por tribunais que interpretam as leis; (6) proteção igualitária das leis (princípio básico de justiça); (7) garantia do devido processo (justiça processual); (8) código penal de direitos humanos - prevenção de abusos do código penal; (9) direito aos direitos humanos, liberdade, direitos de voto, direitos à liberdade e direitos sociais (CHEN, 1998, p. 62-69).

2.3. “Rule of law” a partir de postulados de identidade no direito chinês

Como o terceiro modelo de Estado de Direito, existe um modelo de Estado de Direito independente proposto por Zhu Su-Li (doravante denominado Su-Li) que usa recursos locais e enfatiza a tradição chinesa e a realidade da cultura jurídica para desenvolver o Direito à maneira chinesa (ZHU, 1996).

Su-Li argumenta que um processo em direção ao Estado de direito na China precisa usar recursos locais e destaca a tradição chinesa e a realidade da cultura jurídica para desenvolver o Direito na sociedade chinesa (ZHU, 1996, p. 6). Ele também afirma que o uso de recursos locais, ou o que ele denomina de “recursos chineses”, não apenas restaura a tradição jurídica chinesa, mas também possibilita o estabelecimento de um Estado de Direito compatível com o desenvolvimento do Direito chinês (ZHU, 1996, p. 6). Ele se atenta especialmente às funções dos costumes e convenções locais, entre outras coisas, e considera a sabedoria local e a singularidade cultural enraizada na vida diária como elementos essenciais do Estado de Direito. Segundo ele, o direito pode trabalhar mediante aprovação do povo chinês somente se os “recursos chineses” forem usados; se o direito estrangeiro for transferido com negligência aos costumes tradicionais, as pessoas irão recusar tal

direito, e ele não terá eficácia. Observando que o direito ocidental é originalmente derivado de sistemas consuetudinários, não criados por advogados e legisladores, ele aponta que a distância entre "leis como sistemas" e "costumes como sistemas" não é tão grande (ZHU, 1996, p. 8 - 10).

Ele ainda argumenta, que desde o final do período Qing, que a maioria das mudanças nos sistemas jurídicos chineses têm sido um modelo de mudanças compulsórias do direito, isto é, eles tentaram estabelecer o direito para controlar a economia e a sociedade usando o poder nacional ou governamental. Tal modelo, entretanto, falhou na realidade. Por quê? A perspectiva ocidental de modernização do direito no final do período Qing falhou porque se tentou mudar os sistemas compulsoriamente e os sistemas eram tão diferentes do costume chinês que as pessoas não aceitaram esse sistema, conseqüentemente esses sistemas não se tornaram normas de conduta para essas pessoas. Su-Li entende que as leis estabelecidas pelo Estado através das mudanças do direito não reconheceram o "direito do povo" (*folk law*), sendo essa a principal razão para o fracasso (ZHU, 1996, p. 13).

Ele afirma, com base na análise acima, que ao estabelecer o Estado de direito agora, a China precisa, primeiro, desenterrar os "recursos chineses", para depois entender o "direito do povo" e permitir que o direito oficial e o direito do povo se comuniquem entre si no contexto do Estado de direito chinês. Esta posição enfatiza a compreensão do direito do ponto de vista da antropologia jurídica, com a introdução de costumes e convenções no campo do direito, baseada na ideia de que os costumes e as convenções são constituintes importantes dos "recursos chineses".³

Su-Li propõe descobrir os "recursos chineses" em várias normas sociais

³ Pode-se dizer que o modelo de Su-Li de Estado de Direito independente usando os "recursos chineses" é semelhante à autonomia do direito entre os três tipos de modelos de direito de Shigeaki Tanaka, um acadêmico jurídico japonês especializado em teoria jurídica. A autonomia do direito é formada de maneira independente e existe com base em normas sociais informais, que realmente regulam os pensamentos e ações das pessoas na sociedade e na justiça. Um senso de igualdade compartilhada por membros dessa sociedade, no Japão, é frequentemente discutido no contraste entre "direito nacional" e "direito vivo" influenciado por Ehrlich. Exemplos de direito vivo incluem vários: casamento e costume de herança em aldeias agrícolas nas montanhas, que são vestígios do sistema familiar tradicional; comunhão; direito à luz solar e acordos em uma indústria como um cartel não autorizado. Problemas do tipo de autonomia do direito também são apontados. É difícil generalizar apreciações ou avaliações do direito autônomo, uma vez que o próprio direito é heterogêneo e diversificado; sua relação com o direito nacional formal é complicada; e quanto maiores os grupos ou organizações que constituem a base para o direito autônomo, mais difícil será sua relação com o acordo voluntariamente alcançado por membros de tais grupos ou organizações, que pode suprimir sua liberdade e infringir seus direitos e interesses (Tanaka 1992,150).

informais da vida social e estabelecer o Estado de Direito com tais recursos. Mais especificamente, ele cita as reformas econômicas como um modelo; tais como o sistema em que cada família é responsável pela produção agrícola que surgiu através da reforma das aldeias agrícolas, o sistema econômico de "uma família, uma unidade" que existe há muito tempo na história chinesa e o desenvolvimento rápido e contínuo de empresas municipais chinesas. Observando que, ao invés de rejeitar a tradição, retomá-la levou ao sucesso de uma série de mudanças nos sistemas de reformas institucionais de vilas agrícolas, usando os tradicionais "recursos chineses", ele está buscando os "recursos chineses" para o estabelecimento do Estado de direito que são de natureza semelhante àqueles usados para as reformas agrícolas (ZHU, 1996, p. 16-17).

Muitos juristas chineses da atualidade têm defendido a adoção do Direito Ocidental moderno (PEERENBOOM, 2007). Em relação ao parâmetro do Estado de Direito nos países ocidentais, eles têm observado que a China foi um Estado que tradicionalmente não dispôs dos fundamentos para o Estado de Direito incorporando o argumento de que a ausência do Estado de direito é uma das razões pelas quais a economia chinesa não se desenvolveu. Eles idealizaram o Estado de Direito ocidental e criaram uma relação causal entre Estado de Direito e desenvolvimento econômico (ZHU, 1996, p. 33). Su-Li enfatiza, no entanto, que a criatividade das pessoas deve ser respeitada a fim de estabelecer o Estado de Direito chinês (ZHU, 1996, p. 36). Em outras palavras, de acordo com ele, a China não deve desenvolver leis usando o modelo frequentemente proposto de "mudanças do direito" e adotando o direito ocidental moderno, mas deve tentar desenvolver suas próprias leis, colocando ênfase nos costumes institucionais existentes na sociedade; ele também espera que o Estado de Direito seja formado de maneira independente, por meio das atividades das pessoas.

3. A REALIDADE DO "RULE OF LAW" NA CHINA

O "*rule of law*" é muitas vezes explicado como uma ideia constitucional entre outras que tem o mesmo significado que constitucionalismo, e cujo cerne é a predominância de leis que vinculam os poderes políticos. Com base nessa teoria, a ideia de que a Constituição é a lei suprema, de que se deve respeitar os direitos humanos fundamentais e que se deve respeitar e confiar nos tribunais e garantir o

devido processo legal, foi explicado a respeito do Estado de Direito como uma ideia da Constituição Japonesa.

Na China, no entanto, o Estado de Direito foi explicado principalmente no contexto da ideologia política. No final de 1990, Jiang Ze-Min, o então líder nacional, assim se manifestou: "Nós governaremos o Estado de acordo com a lei e estabeleceremos um país socialista sob o Estado de Direito" (Parágrafo 1º do Artigo 5º da Constituição), e a Constituição foi devidamente emendada incorporando o "*rule of law*" em 1999. Jiang Ze-Min, no entanto, defendeu que o "governo da virtude" também é importante à luz da realidade da corrupção generalizada no Partido Comunista Chinês e que a China deve manter uma ordem social sólida combinando Estado de Direito e Estado de virtude. Ele fez o seu pronunciamento sobre o Estado de Direito e o Estado de virtude em "Qi Yi Jiang Hua" em 1º de julho de 2001. Ele não achava que governar o Estado de acordo com a lei e decidir de acordo com a virtude fossem inconsistentes; o Estado de Direito, para ele, continuava sendo, afinal, uma meta política do Partido Comunista Chinês. Nem é preciso dizer que esse tipo de abordagem é bastante diferente das ideias ocidentais sobre o Estado de Direito.

Conforme descrito acima, existem três modelos de Estado de Direito na China. O primeiro modelo é o Estado de Direito sob a liderança do Partido Comunista Chinês. Isso é diferente do Estado de Direito encontrado no Ocidente e no Japão, baseado na predominância da lei e na vinculação dos poderes políticos às leis. Parece que o maior elemento que impede o verdadeiro Estado de Direito na sociedade chinesa é o fato de os poderes do Partido Comunista Chinês não estarem vinculados às leis, já que o preâmbulo da Constituição chinesa estipula a liderança do Partido sobre o Estado na estrutura do governo chinês.

Embora este modelo também "considere a democracia do povo, a liderança do Partido e o Estado de Direito como uma tríade", as leis nada mais são do que ordens gerais estabelecidas direta ou indiretamente pelo soberano ou pelo grupo de soberanos de acordo com a visão que está sendo adotada, com uma contradição entre a defesa do predomínio das leis e a não restrição das atividades do Partido Comunista Chinês. Essa interpretação chinesa única do Estado de Direito é uma das razões pelas quais a China não tem o conceito da chamada "separação de poderes" (na qual os poderes legislativo, judiciário e administrativo são independentes um do outro).

O segundo modelo é que o estabelecimento do Estado de Direito chinês deve ser considerado, uma vez que existe a palavra *chinês* na sociedade chinesa. O direito

não poderia funcionar, obtendo a aprovação das pessoas, sem a observação dos costumes da sociedade chinesa e suas normas sociais, e sem um conhecimento profundo da vida cotidiana do povo chinês; portanto, é importante, no processo de estabelecimento do Estado de Direito, ter uma boa compreensão dos recursos da pátria mãe e se entender o direito do povo, e então fazer com que o direito do povo e as leis incorporadas do Ocidente se complementem.

Visto que a cultura chinesa tem prosperado independentemente do Ocidente, como indicam os milhares de anos de história chinesa, vemos na teoria jurídica que a China estabelecerá um Estado de Direito chinês afirmando o seu elemento *chinês*. As leis da China existiam há muito tempo na forma de códigos legais tradicionais chineses, uma forma diferente do direito ocidental e posteriormente desenvolvida, e que influenciou o sistema japonês antes da era Meiji. Não é incomum juristas chineses afirmarem o elemento *chinês*, cuja maneira de pensar é diferente dos japoneses, que foram muito afetados por culturas estrangeiras e desenvolveram seu sistema jurídico usando culturas de outros países como seu eixo. Há, no entanto, o risco de a teoria dos juristas chineses remanescer em uma ideologia grosseira, pois não está claro o que significam os "recursos da pátria mãe" e o "direito do povo".

Contra os dois modelos acima, alguns juristas defendem que a China deve buscar um Estado de Direito baseado na perspectiva ocidental de modernização do direito, enfatizando a função da lei de vincular o Estado (incluindo o Partido Comunista Chinês, por certo), bem como as pessoas comuns e prevenir qualquer abuso dos poderes judiciais.

Visto que existe uma ideologia, uma liderança do Partido Comunista Chinês que é aparentemente difícil de entender, as leis não funcionam e são debilitadas na realidade, mesmo que tenham sido estabelecidas. Ou seja, parece ser mais sério do que uma questão de consciência das pessoas sobre a obediência ao direito. Leis que não estão vinculadas ao poder do Estado precisam ser estabelecidas, e uma reforma judicial drástica é necessária para esse fim.

A reforma judicial liderada pelo governo que altera o sistema judicial atual, visto a sua incompletude, é realizada de maneira coerente com a política nacional chinesa e o sistema político, e com a situação da China. Muitos juristas que propõem uma reforma do núcleo do sistema judiciário são pessimistas sobre a abordagem acima e são críticos dos limites da reforma judicial liderada pelo governo. Tomemos, por exemplo, a reforma dos procedimentos que permite apenas à Suprema Corte preferir

a pena de morte. Enquanto o governo pensa, à luz de sua ideia de reforma judicial, que o plano de alterar parcialmente o sistema atual é suficiente, juristas que propõem uma reforma do sistema por meio da tentativa de reformar a política nacional e abordar a questão da independência do judiciário, consideram que o plano do governo deixaria o problema essencial sem solução.

As reformas judiciais refletem a mentalidade chinesa de como o Poder Judiciário é classificado em relação ao poder do Partido Comunista Chinês. O papel do Poder Judiciário é visto como "uma ferramenta para cumprir fielmente as funções atribuídas pelo Partido Comunista Chinês" e "a teoria jurídica" baseada nesta abordagem contribuiu muito para a construção de um sistema no qual os juízes não têm escolha a não ser obedecer à liderança do Partido Comunista ou o sistema no qual o tribunal inevitavelmente se torna administrativo (PEERENBOOM, 2010). Em comparação, a reforma judicial no Japão propõe "o sistema judiciário para as expectativas dos cidadãos", que existem "profissões jurídicas ideais para apoiar esse sistema judicial", o "estabelecimento de bases democráticas" e a realização de um sistema judicial que seja de mais fácil acesso aos cidadãos. A reforma judicial na China, embora o nome seja o mesmo, é muito diferente da do Japão. O povo chinês deveria perguntar novamente para que serve a reforma judicial.

4. "PLURALISMO JURÍDICO" E "POSTULADO DE IDENTIDADE DE UMA CULTURA JURÍDICA" NA TEORIA DE CHIBA

Masaji Chiba, falecido em 17 de dezembro de 2009, publicou seu livro intitulado "Antropologia Jurídica Contemporânea" em 1969, no qual expôs sua teoria jurídica de uma sociologia do Direito para países não ocidentais (uma ciência social para países não ocidentais que são considerados culturalmente atrasados ou baseados em um sistema de pluralismo jurídico) para auxiliar no desenvolvimento de uma sociologia do direito e de uma antropologia jurídica para além do senso comum das ciências sociais ocidentais (Chiba 1989). Mais tarde, o próprio Chiba refletiu que sua demanda, ignorada, de restauração do direito não ocidental e de sua inserção no mesmo plano do direito ocidental com o objetivo de se criar um direito para a humanidade, tornou-se um obstáculo para aqueles que estavam satisfeitos com as modernas leis estatais do Japão, e se revelou inútil para aqueles que seguiram uma carreira no estudo dos métodos de interpretação (CHIBA, 2003, p. 2).

A natureza e as características do Direito não ocidental na Ásia e na África, respectivamente, podem ser reveladas com base em algum padrão objetivo, da forma como existem na realidade, sem referência ao padrão do Direito ocidental. De um modo geral, nos países ocidentais, o direito foi concebido de tal forma que apenas o direito estatal é considerado autoridade legítima. O Estado, a seu critério, concede a todos os outros direitos a qualificação de direito oficial, ou o faz sob a condição de que tais outros direitos se submetam à autoridade do Estado, ou, alternativamente, refuta a natureza jurídica destes outros direitos e afasta para renegá-los como mero costume, ignorando a presença do direito não oficial, se houver (CHIBA, 1988, p. 45). Referindo-se a essa visão de um monismo estatal baseado na lei, Chiba discute a realidade do pluralismo jurídico na Ásia e na África, apresentando a teoria das "dicotomias do Direito" que combina três dicotomias e seis conceitos, como um padrão para determinar qualidades e características de tais "direitos".

Nesse sentido, no que diz respeito à teoria geral para a análise do pluralismo no direito de países não ocidentais (a teoria do pluralismo jurídico), Chiba começou por se questionar se no estudo do direito ocidental é possível reconhecer o verdadeiro valor das condições jurídicas em países não ocidentais. Do ponto de vista da metodologia de estudo do Direito ocidental, ele, a seguir, criticou a teoria convencional das culturas jurídicas em países não ocidentais, em que os valores e princípios do Direito ocidental fornecem a base universal para a análise, bem como a teoria do pluralismo jurídico em países não ocidentais. Ele então tentou apresentar uma nova metodologia para analisar culturas jurídicas não ocidentais. Em vez de usar as ferramentas para analisar o estudo do direito ocidental, Chiba falou sobre o estabelecimento de um estudo jurídico do terceiro mundo por meio de pesquisas conduzidas por pesquisadores não ocidentais sobre o direito não ocidental e procurou encontrar uma metodologia para a pesquisa jurídica não ocidental através do estudo do Direito não ocidental.

Especificamente, Chiba descreveu uma estrutura jurídica de três níveis como um esquema conceitual. A primeira camada é o Direito oficial, que é um sistema jurídico autorizado pelo poder legítimo do Estado, um exemplo típico do qual é o Direito estatal. A segunda camada é formada pelo direito não oficial, que se refere a um sistema jurídico autorizado na prática pelo consentimento de um grupo de pessoas, em vez de ser oficialmente autorizado por uma instituição pública. Todo o direito, exceto o direito estatal, é classificado como direito não oficial. Na terceira camada,

existe um sistema jurídico que se baseia nos valores e princípios do Direito oficial e não oficial, que é moldado por princípios sociais e culturais, bem como por diretrizes religiosas e semelhantes, que é chamado de lei básica e postulado jurídico.

Um esquema mais sofisticado da "estrutura de três níveis do direito" são as "três dicotomias do direito". Dentro da estrutura de três níveis do direito, seis fatores são integrados pelo processamento e modelagem: "direito oficial versus direito não oficial", "regra jurídica versus postulado jurídico" e "direito indígena versus direito transplantado". Parte-se do pressuposto de que o "postulado identitário de uma cultura jurídica", princípio último que fundamenta a identidade cultural em uma cultura de direito único, desempenha um papel significativo nessa integração.

Esse também é o cerne da teoria do "pluralismo jurídico" de Chiba. Como existe uma grande diversidade de direitos entre as sociedades asiáticas e africanas, como forma de organizar e observar o pluralismo jurídico desses direitos, Chiba apresentou uma teoria para analisá-los combinando as três dicotômicas e conceitos (direito oficial, direito não oficial, normas jurídicas, postulados jurídicos, direito indígena e direito transplantado), além do princípio do "postulado identitário de uma cultura jurídica", que é o princípio no qual se integram os fatores mencionados (CHIBA, 1988, p. 41- 54).

No Japão de hoje, o "direito" se refere às regras planejadas para serem cumpridas pela coerção do Estado - em outras palavras, o direito estatal. Assim, os tribunais desempenham o papel principal no exercício do direito por meio da execução. As normas sociais claramente tomam a forma de direitos somente depois de conectadas às normas de adjudicação que, por meio de juízes, indicam as regras dos tribunais. Por exemplo, uma lei contra roubo é estabelecida pela primeira vez somente após a extensão da punição e dos padrões para o que constitui o ato, terem sido definidos, como a disposição de que "uma pessoa que rouba a propriedade de outra comete o crime de roubo, e deve ser punida com pena de prisão com trabalho não superior a dez anos ou multa não superior a 500.000 ienes" (artigo 235 do Código Penal do Japão), e apresentado a um juiz, estabelecendo assim as normas de adjudicação.

O direito estatal é geralmente dividido em direito escrito e direito não escrito. O direito escrito inclui a Constituição, que é a Lei Fundamental do Estado e está posicionada no topo, bem como as leis que são estabelecidas por decisões do Estado, as ordens que são emitidas a critério do Conselho de Ministros e outras autoridades administrativas, e também as regras. Além disso, as leis autônomas de cada município

(decretos), que se baseiam na Constituição e nos estatutos, também fazem parte do direito escrito. O direito não escrito inclui os precedentes judiciais criados pelo judiciário, bem como teorias e semelhantes que se tornaram standards jurídicos para resolver as lacunas do direito escrito. No Japão de hoje, como nos Estados Unidos e no Reino Unido, o "direito" tem sua origem nas ideias de Jean Jacques Rousseau. Ou seja, no estado de natureza, assombrado pela ansiedade e o risco de não se saber quando alguém poderá ser prejudicado por outros ou quando poderá ser roubado de seus bens, as pessoas criam um sistema chamado de Estado, com base no consentimento de todos, prometendo obedecer às leis estatais e estabelecendo uma garantia de vida segura. Além disso, o Estado foi criado para o propósito da segurança e do interesse de seu povo e, mesmo depois que o Estado surgiu, é o povo que naturalmente estabelece suas leis e determina as políticas governamentais. Contanto que seja publicamente mantido que as leis são criadas pela vontade do povo, mesmo que reforçadas pelos regulamentos ou pelas sanções, trata-se apenas de seguir as regras que as próprias pessoas criam para si mesmas e, portanto, não há nenhuma discrepância com a liberdade humana natural.

No entanto, o conteúdo do direito de diferentes países difere muito. Aqui um exemplo de nosso vizinho, a China. Enquanto no Japão, o direito consuetudinário é incorporado ao direito estatal para a unificação, a China ainda tem o direito consuetudinário na forma de direito não escrito, que constitui parte do "direito". Ademais, além de sua Constituição, estatutos, regulamentos administrativos, regulamentos locais, portarias autônomas, portarias especiais e normas administrativas, a China tem um tipo único de "direito" chamado "interpretação judicial". O conteúdo da interpretação judicial inclui interpretações de leis específicas e semelhantes pela Suprema Corte e pela Procuradoria. Estes são emitidos por escrito quando um tribunal inferior faz um encaminhamento para um tribunal superior (de acordo com a ordem de precedência). Embora isso também possa ser interpretado como um sistema para integrar os standards para decisões judiciais em todo o país, é de uma natureza diferente do que chamamos de "direito" no Japão.

Ao observar o "direito" em sociedades não ocidentais, não podemos empreender uma análise confiando em nosso bom senso sobre o "direito". Koya Matsuo, um estudioso japonês de direito processual penal, observou em sua crítica à nova lei processual penal chinesa, em 2012, por Joachim Hermann, um jurista de direito processual penal na Alemanha, que tem conhecimento aprofundado da

Legislação Processual Penal da China, que "na China, as regras são promulgadas pela Procuradoria do Povo e pelo Ministério da Segurança Pública, além da interpretação judicial pela Suprema Corte, que faz parte do direito positivo" (MATSUO, 2013). Matsuo também observou que, "das sugestões de Hermann, em relação à crítica de que as 'disposições da lei' são inadequadas, deve-se reconhecer que essas fontes do direito de nível inferior estão talvez, em certa medida, preenchendo a lacuna" (MATSUO, 2013, p. 7). Entende-se que seu argumento se baseia na consciência do pluralismo na "interpretação judicial" do Direito chinês.

Ao analisar a multiplicidade de direitos nas sociedades não ocidentais, bem como ao comparar o direito do próprio país com os direitos de outros países, a fim de analisar a natureza e as características dos respectivos direitos, a teoria de Chiba das "três dicotomias do direito, consistindo em direito oficial, direito não oficial, regras jurídicas, postulados jurídicos, direito indígena e direito transplantado" é uma ferramenta muito eficaz para análise.

Não apenas sociólogos e antropólogos, mas também estudiosos do direito apresentam exemplos de casos de uma ampla variedade de direitos, tanto que não podem ser abrangidos pelo senso comum prevalecente no estudo do direito. Um exemplo típico é a cultura jurídica e o direito que constitui o pluralismo jurídico com base na cultura jurídica (CHIBA, 1988, 38).

[...]

Embora o sujeito de direito do pluralismo jurídico possa ser considerado o Estado, no sentido de que o direito estatal cobre tanto o direito recebido quanto o direito indígena, o fato de o direito indígena ser, na verdade, subdividido em, ou coexistir com muitos outros tipos de direito, como o direito tribal, o direito religioso, o direito das minorias e o direito local, indica que uma variedade de assuntos jurídicos além do Estado existe dentro do território do Estado (CHIBA, 1988, 127).

A teoria da análise de Chiba é amplamente influenciada pela antropologia. Ele afirmou que é essencial que os pesquisadores não ocidentais assumam uma postura com base em suas próprias culturas e desenvolvam a pesquisa mundial sobre o Direito não ocidental como seu próprio problema, alertando que há o risco de assuntos serem negligenciados pelos pesquisadores dos países ocidentais em observação com base em seu próprio direito. Ele ainda comentou sobre a importância de, após se remover a perspectiva ocidental, se considerar o direito de sociedades não ocidentais com base nos fatos e se considerar as sensibilidades locais. A observação do Direito não ocidental realizada dessa maneira produz um arcabouço teórico que se afasta do

monismo baseado no Direito do Estado e da teoria de que no mundo de hoje o Direito Internacional é universal, assim como a teoria do "pluralismo jurídico".

5. DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DO "PLURALISMO JURÍDICO" DE CHIBA

O professor Werner Menski, da Escola de Estudos Orientais e Africanos da Universidade de Londres, observou que a globalização move os fenômenos jurídicos na direção oposta à integração do Direito (MENSKI, 2006). Em outras palavras, ela os move na direção do pluralismo – e que a teoria do "pluralismo jurídico" de Chiba não é mais o problema apenas de sociedades não ocidentais, como na Ásia e na África, mas é uma realidade que não pode ser ignorada mesmo no Ocidente (MENSKI, 2011). Menski, então, continua dizendo que a globalização leva a um sistema jurídico vinculado à cultura e à pluralização dos modos de regulação, em vez de a um único sistema jurídico global uniforme; além disso, em um ambiente em que se chega a uma série de casos de globalização, podem ocorrer fusões, que envolvem ainda mais mesclas (MENSKI 2009, p. 28). Nesse processo, Menski afirma que é necessário reconhecer e respeitar não só o pluralismo jurídico, mas também a diversidade social e cultural, bem como mostrar grande sensibilidade a todas as diferenças (MENSKI, 2009, 28).

Em sua crítica à visão de Chiba do monismo baseado no direito estatal, Menski declara que o direito consiste em direito oficial e direito não oficial, que estão sempre conectados a um conjunto de valores denominado "postulado identitário de uma cultura jurídica"; que não existe nenhum direito de valor neutro, nem qualquer direito que não exerça impacto cultural; e que todos os direitos são culturalmente únicos e, portanto, contêm diversidade interna (MENSKI, 2009, p. 31). Como Chiba, Menski criticou fortemente a ideia do direito não oficial como sistematicamente inferior e o fato de ser, muitas vezes, intencionalmente negligenciado. Usando a teoria das "três dicotomias de direito consistindo em direito oficial, direito não oficial, normas jurídicas, postulados jurídicos, direito indígena e direito transplantado", que é uma ferramenta para analisar o pluralismo jurídico, ele descreveu a natureza do direito de família na Índia e como era a realidade do referido direito. Com base nisso, Menski divide o sujeito de direito em três grupos, a saber, "sociedade", "Estado" e "religião, ética e moralidade" - e posiciona o pluralismo jurídico dentro do triângulo que conecta essas

três categorias. Ao incorporar esses três atores como sujeito de direito em sua própria teoria e modelo de pluralismo jurídico, ele expandiu a Teoria de Chiba, segundo a qual as sociedades não ocidentais têm um sujeito de direito diferente do Estado. Assim, Menski entende o Direito nas sociedades ocidentais e não ocidentais como um pluralismo jurídico que se sobrepõem dentro de uma estrutura triangular que consiste no direito natural, nas normas sociais e nas regras centradas no Estado, que são baseadas na religião, ética e valores. Para isso, como resultado da crescente globalização atual, um novo canto, que abrange o direito internacional e os direitos humanos, foi adicionado, formando assim uma "pipa do direito" com quatro cantos.⁴ O pluralismo jurídico também é uma realidade encontrada na sociedade britânica, e Menski aborda a questão das limitações do direito estatal no campo do direito privado, como ocorre no Reino Unido, que é um Estado multiétnico composto de imigrantes, e analisa o conceito de direito em termos de globalização da sociedade britânica e rumos do direito.

A globalização tornou mais fácil a circulação das pessoas. Menski afirma que, como resultado, a matéria jurídica na sociedade britânica tornou-se diversificada; em particular, o papel do direito estatal no campo do direito privado, centrado no direito de família, tornou-se menor, e o papel do direito não oficial, ao qual pertence o sujeito de direito que é parte em um litígio, tornou-se maior. Ele então discute a expansão do "direito" pluralista, que contém o direito não oficial – ou, em outras palavras, fatores com a natureza do direito não estatal – e declara que tal direito não pode ser tratado por um direito estatal unificado.

A alegação de que o direito estatal incorpora, subordina e, eventualmente, integra o direito não oficial é baseada em uma compreensão inadequada das condições do pluralismo jurídico em face da globalização. No que diz respeito à formação de uma ordem jurídica mundial sob o pluralismo jurídico conflitante, Menski contrastou a sociedade ocidental – que mantém um único direito enquanto estabelece exceções, com as sociedades não ocidentais – nas quais coexistem o direito geral e o direito pessoal. Ele critica a prática de tentar integrar e unificar o direito estatal ao mesmo tempo em que se estabelece exceções ao conceito de direito de um Estado em face da globalização (MENSKI, 2015). Como o direito tem uma estrutura interna

⁴ Menski (2014) parece ter adicionado um quarto canto para gerar a pipa após a realização, que os "postulados jurídicos" de Chiba incluíam tanto os conceitos tradicionais de direito natural, quanto os modernos princípios dos direitos humanos e do direito internacional.

pluralista, ignorar o pluralismo para estabelecer exceções significa, em última instância, que a perspectiva do direito estatal unificado é meramente fictícia (MENSKI, 2011).

6. GLOBALIZAÇÃO E A DIREÇÃO DO “POSTULADO DE IDENTIDADE DE UMA CULTURA JURÍDICA”

Quanto à direção da ordem pública no direito chinês em face da globalização do século XXI, Takao Tanase, um estudioso de sociologia do direito, idealizou a questão de saber se a única maneira de realizar o progresso jurídico é incorporar o direito desenvolvido que já foi realizado no "Ocidente, e levantou também a questão adicional de saber se o progresso pode assumir a forma de incorporação do direito estrangeiro e, ao mesmo tempo, de assimilação de forma independente na sociedade e de apresentação como um direito distinto (TANASE, 2003, p. 45). Ao fazer isso, Tanase relativizou o direito, estabelecendo padrões claros para a avaliação e, ao mesmo tempo, abordou a visão de um modelo jurídico alternativo dentro da cultura local (TANASE, 2003, p. 47).

Além disso, uma vez que o arcabouço jurídico da sociedade, que o direito atual deve assumir, traz consigo algo que não pode ser dispensado, como os conceitos de garantia de liberdade e de direitos humanos com base na aplicação do direito universal, ele destaca que, no que diz respeito ao desenvolvimento dos sistemas jurídicos, que se realizam em meio à pressão crescente de mercantilização da globalização, a ênfase no aspecto da universalidade transnacional deve, em certo grau, ser retida (TANASE, 2003, p. 56). Como resultado da integração de diferentes “direitos” devido à globalização, enfrentamos a questão de saber se o pluralismo jurídico na Ásia, África e outros países não ocidentais pode ser resolvida por um monismo baseado no direito estatal e pela teoria de que o direito internacional é universal no mundo de hoje.

A teoria do "crioulo" do direito de Ko Hasegawa tenta esclarecer o processo de integração de diferentes “direitos”, que se caracteriza pelo envolvimento mútuo de direitos com diferentes origens culturais e mecanismos institucionais. Além disso, sua teoria visa compreender a dinâmica do processo de formação do Direito, que consiste no encontro de diferentes sistemas jurídicos e culturas jurídicas, a permeação mútua de direitos dentro de cada sociedade, e, ainda a transformação dos direitos (Hasegawa 2012). O que é interessante na pesquisa de Hasegawa é o problema da

crioulização e da hibridização, do tipo de orientação de valor que pode ser descoberto pela transformação jurídica provocada pela dinâmica do direito (HASEGAWA, 2012, p. 7):

O crioulo do direito se refere a dinâmica universal da formação e transformação da ordem jurídica, que se mantém na direção do surgimento de um novo direito, no âmbito das relações de vários poderes, que ocorrem quando diferentes culturas jurídicas e sociedades se encontram à medida em que as várias atividades jurídicas das pessoas são multiplicadas por meio de relações sociais intrinsecamente sobrepostas (HASEGAWA, 2012, p. 11).

Hasegawa divide o processo do "crioulo" do direito nas fases de subjetivação, transformação e hibridismo cultural. Afirma que, ao se deparar com uma cultura, a relação, que possui certo nível de tensão, faz com que a própria identidade seja construída subjetivamente (subjetivação) e, na reconstrução da própria identidade, diversos atores constroem relações mútuas ininterruptamente e, além disso, por meio dos processos de subjetivação e transformação, a cultura assume uma aparência crioulizada no agregado (hibridez cultural) (HASEGAWA, 2012, p. 7). O problema básico do "crioulo" é encontrado nas interações de várias normas, incluindo o direito que é criado quando a governança dos países ocidentais se estende a outras sociedades e culturas (HASEGAWA, 2012, p. 15). Hasegawa analisa que o processo de "crioulo" do direito, que consiste em subjetivação, transformação e hibridismo cultural, tem um eixo principal operando nele, e que este é um operador para a tomada de decisão criativa (HASEGAWA, 2012, p. 8). Agência interpretativa, seguindo sugestões feitas por estudos de interpretação filosófica e teoria jurídica interpretativa, compreende o alvo como um ato interpretativo que é valor-constutivo e subjetivo, assumindo a visão interna de fornecer explicação interpretativa e justificativa enquanto está comprometido com uma prática específica do ponto de vista de dentro do sistema; além disso, tenta reestruturar os valores e normas com uma visão reflexiva de um meta-nível correspondente:

Agora a questão é saber da origem da agência interpretativa de pessoas que avançam e aprofundam o processo do próprio crioulo do direito. Aqui, agência interpretativa se refere às capacidades fundamentais das pessoas de pensar, tomar decisões e executar, em particular, os valores sociais, que apoiam a prática da tomada de decisões em vários domínios, como o direito e a política, *são esclarecidos e reestruturados sem interrupção e, além disso, os valores da sociedade ganham forma mais completa pela interpretação dinâmica dos valores*. Por meio dessas atividades, as pessoas vivem acumulando ininterruptamente práticas valiosas na sociedade [ênfase no

original] (HASEGAWA, 2012, p. 18).

Por exemplo, no que diz respeito à caça às baleias, que se relaciona com a cultura alimentar da carne de baleia, a globalização levou a um conflito entre o Japão e outros países. Houve também um conflito sobre a cultura alimentar da carne de cachorro entre a Coreia e o Ocidente na época dos Jogos Olímpicos (de Seul). Isso me faz pensar se a mistura fará com que a identidade única de cada cultura perca o pluralismo e se torne universalizada em algum outro princípio ou valor único.

Chiba tentou mergulhar nas condições reais das culturas jurídicas, baseando-se em teorias da antropologia assentadas no conceito de "integração cultural" da antropóloga Ruth Benedict, em que os traços culturais dos direitos que se baseiam na "integração cultural, que é única para uma sociedade e que apareceu como direito", é equivalente a uma cultura jurídica (CHIBA, 1996, p. 54). Conforme descrito acima, ele então construiu uma teoria de que os seis tipos de direito, que são conceituados pelos três conjuntos de dicotomias, estão integrados em uma única ordem jurídica pelo "postulado de identidade de uma cultura jurídica". Além disso, a fim de tornar "cultura jurídica" um conceito que funcione como uma ferramenta na ciência empírica, com base na teoria anterior, ele trouxe a definição operacional de "cultura jurídica" como o "conjunto das respectivas combinações de direito oficial/direito não oficial, direito indígena/direito transplantado e regras jurídicas/postulados jurídicos, bem como a estrutura multidimensional do direito doméstico/direito estatal/direito mundial e as características culturais dos mesmos, conforme integrado pelo "postulado de identidade de uma cultura jurídica". (CHIBA, 1996, p. 18).

O pluralismo do direito não ocidental devido à globalização será unificado e universalizado como resultado da integração de diferentes direitos? Outra questão é se perderemos a noção de que a cultura jurídica é equivalente ao "postulado de identidade de uma cultura jurídica". Finalmente, com relação ao repensar o direito asiático em face da globalização, a seguir gostaria de ver se a globalização causará alguma mudança no "postulado de identidade de uma cultura jurídica" no direito asiático.

7. REPOSICIONAMENTO DO "POSTULADO DE IDENTIDADE DE UMA CULTURA JURÍDICA" DO DIREITO NÃO OCIDENTAL

Em direito e desenvolvimento, a grande lacuna entre o direito estatal (direito oficial), que é baseado no direito transplantado, e o direito não estatal (direito não

oficial), que é o direito indígena com raízes na história e nas tradições da sociedade que existiam antes do direito oficial, foi considerada um problema. Nobuyuki Yasuda, um estudioso do direito asiático que escreveu que a relação contraditória entre o direito transplantado e o direito indígena está profundamente relacionada à questão da cultura jurídica, afirma que o atrito entre o direito e a cultura em países não ocidentais, que são os países-alvo do direito e do desenvolvimento, refere-se ao conflito entre os direitos transplantado e indígena, que são dois direitos culturalmente diferentes (YASUDA, 2013). Com relação ao pluralismo jurídico em sociedades não ocidentais, ele cita o fato de que o direito não estatal é transformado em direito estatal, conforme exemplificado pela incorporação no Japão do direito consuetudinário no direito estatal (Código Civil e Código Comercial). Em particular, ele dá o exemplo do Paquistão e analisa que, sob o sistema de Constituição secular, que foi influenciado pela democracia ocidental, a Constituição do país foi identificada como uma “lei pessoal” que se aplica aos muçulmanos, e sua interpretação e operação foram convencionalmente consideradas como estando, em última análise, sob a supervisão do Supremo Tribunal, mas junto com o recente progresso da Islamização e codificação, os tribunais da sharia e semelhantes foram estabelecidos como os únicos tribunais nacionais do país, levando assim à conclusão de que o processo de formação de um “sistema jurídico híbrido para um Estado islâmico” está em andamento (YASUDA, 2013, p. 15-17).

No pluralismo jurídico, o direito não estatal é incorporado a um sistema baseado no direito estatal. Por outro lado, no direito e no desenvolvimento, um método apropriado deve ser tomado caso a caso, e há uma opinião de que a incorporação do direito não oficial no direito estatal falhará devido à falta de compreensão do pluralismo jurídico (TAMANAH, 2012, p. 38-39). Isso dá origem à nova questão de como é cumprir o Estado de Direito e ao mesmo tempo aceitar o pluralismo jurídico?

Embora os sistemas jurídicos dos países asiáticos até agora imitem os sistemas jurídicos dos países ocidentais, os países asiáticos podem transformar seus sistemas jurídicos, que são produtos de imitação, em modelos apropriados para seus respectivos países, a fim de criar sistemas jurídicos que apresentem as identidades de seus respectivos países. No desenvolvimento do direito dos países asiáticos, a influência dos sistemas jurídicos dos países ocidentais tem sido inevitável.⁵ No

⁵ Poderíamos encontrar um processo reverso nos dias de hoje, como resultado dos padrões de migração globalizada, em que também encontramos uma pluralização, hibridização e crioulização do

entanto, talvez apreciando a maneira inteligente de pensar dos países ocidentais modernos, bem como uma maneira de pensar que se baseia em princípios e valores que são diferentes daqueles do sistema intelectual que os países ocidentais criaram, descobriremos que isso não conduz apenas a vários conceitos do direito ocidental (princípios e valores) levando a um "afastamento dos países ocidentais" e à realização da universalização, tornando tais conceitos a base comum de contato e interação entre diferentes culturas em países não ocidentais, mas também, tomando em consideração o "postulado de identidade de uma cultura jurídica" de culturas não ocidentais, o desenvolvimento do direito e da justiça que vão além das discrepâncias e ultrapassam as diferenças (KAWAMURA, 2013, p. 75-83).

A próxima questão é se é possível expressar o termo "postulado de identidade de uma cultura jurídica" como uma integração cultural que é única em uma sociedade e que aparece como direito em palavras (KAWAMURA, 2009, p. 93-96). Como exemplos da "identidade postulada de uma cultura jurídica" no direito asiático, Chiba menciona o "pensamento flexível como uma ameba" no direito japonês, "ortodoxia hananim" no direito sul-coreano, "pluralismo tiandão" no direito chinês, "pluralismo dharma" no direito indiano e "pluralismo ummah" no direito islâmico (Chiba 1998, 106-108). Como o próprio Chiba disse: "Embora eu mesmo não ache que se analise a condição real, menciono isso como uma oportunidade para solicitar correções voluntárias e apropriadas" - ou seja, pesquisas sobre o "postulado de identidade de uma cultura jurídica" está incompleto (Chiba 1996, 22). Como mencionado anteriormente, o "postulado identitário de uma cultura jurídica" pode se transformar constantemente em novas formas, a partir da integração do direito do próprio país com o de outros países.

Acredito que o "postulado de identidade de uma cultura jurídica" existe tanto no direito transplantado quanto no direito indígena, e que aparece no direito e no desenvolvimento como um problema de cultura jurídica (o problema da lacuna entre o direito oficial, que se baseia no direito transplantado e no direito não oficial). Em relação ao problema com a cultura jurídica (o problema da lacuna mencionada), uma vez fiz uma revisão sobre se a prática comportamental das pessoas na China, conhecida como "私了(*siliao*), "que é uma prática jurídica tradicional pela qual as partes chegam em um acordo sem passar por procedimentos legais, é

direito ocidental como resultado da imigração asiática ou africana para países ocidentais.

essencialmente o mesmo que justiça restaurativa, que tenta reparar a relação entre as três partes, vítima, perpetrador e comunidade durante o processamento de casos criminais (KAWAMURA, 2011).

Da mesma forma, com referência à prática tradicional de justiça restaurativa na vida diária em Papua-Nova Guiné, o antropólogo Jun Baba afirmou que se deve notar que essa prática é realizada não porque a filosofia da justiça restaurativa moderna seja inerente à tradição Melanésia (costumes), mas porque a tradição de “aqui, agora” é apoiada pela perspectiva atual como uma “tradição que foi criada” (BABA, 2011, p. 273). Uma “tradição criada” também pode ser interpretada como um “novo” postulado identitário de uma cultura jurídica que foi criada pela integração de diferentes direitos, nomeadamente o “postulado identitário de uma cultura jurídica” do próprio direito do país e o “postulado de identidade de uma cultura jurídica” de algum outro direito. Parece que nós, a próxima geração de pesquisadores após Chiba, devemos reposicionar o que é o “postulado de identidade de uma cultura jurídica” de Chiba, incluindo a relação entre o “postulado de identidade de uma cultura jurídica” e a própria cultura jurídica.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ocidental é um conjunto de regras sistemáticas e abrangentes baseadas, em primeiro lugar, nos sistemas jurídicos dos Estados modernos; segundo, o constitucionalismo, baseado na democracia liberal; terceiro, economias de mercado capitalistas baseadas na liberdade individual; quarto, a tradição do Direito Romano; e, quinto, a ética cristã. Em contraste, em muitos casos, o direito não ocidental não tem uma estrutura elaborada ou sólida baseada em um mecanismo especial, e não é bem definida de forma a demarcar claramente a fronteira entre legalidade e ilegalidade; em vez disso, é flexível (livremente mutável e flexível). O direito não ocidental também é chamado de direito primitivo, direito nativo, direito tribal, direito vivo, direito consuetudinário e outros nomes semelhantes. Assim, “direito”, como usado no sentido de direito não ocidental, é um hibridismo cultural e, portanto, é impossível entender com precisão o direito não ocidental usando os padrões de legalidade e ilegalidade empregados no estudo do direito ocidental.

Nesse sentido, em relação à teoria geral para a análise do pluralismo jurídico de países não ocidentais (teoria do pluralismo jurídico), Chiba começou por questionar

se, no estudo do direito ocidental, é possível reconhecer o verdadeiro valor das condições jurídicas em países não ocidentais, que se baseiam em um paradigma único. Do ponto de vista da metodologia de estudo do direito ocidental, ele, a seguir, criticou a teoria convencional das culturas jurídicas em países não ocidentais, em que os valores e princípios do direito ocidental fornecem os fundamentos universais para análise, bem como a teoria do pluralismo jurídico em países não ocidentais. Ele então tentou apresentar uma nova metodologia para analisar culturas jurídicas não ocidentais. Em vez de usar as ferramentas para analisar o estudo do direito ocidental, Chiba falou sobre o estabelecimento de um estudo jurídico do terceiro mundo por meio de pesquisas conduzidas por pesquisadores não ocidentais sobre o direito não ocidental e procurou encontrar uma metodologia para pesquisa jurídica não ocidental por meio da omissão de direitos não ocidentais.

Especificamente, Chiba descreveu uma estrutura jurídica de três níveis como um esquema conceitual. A primeira camada é o direito oficial, que é um sistema jurídico autorizado pelo poder legítimo do Estado, sendo um exemplo típico a lei estatal. A segunda camada é o direito não oficial, que se refere a um sistema jurídico autorizado na prática pelo consentimento de um grupo de pessoas em vez de ser oficialmente autorizado por uma instituição pública. Todo o direito, exceto o direito estatal, é classificado como direito não oficiais. Além disso, na terceira camada, existe um "sistema jurídico que se baseia nos valores e princípios do direito oficial e não oficial", que é estruturado por princípios sociais e culturais, bem como por diretrizes religiosas e semelhantes, que é chamado de lei básica e postulado jurídico.

Um esquema mais sofisticado da "estrutura de três níveis do direito" são as "três dicotomias do direito". Dentro da estrutura de três níveis do direito, seis fatores são integrados por processamento e moldagem: "direito oficial x não oficial", "norma jurídica x postulado jurídico" e "direito indígena x direito transplantado. Presume-se que o "postulado de identidade de uma cultura jurídica", que é o último princípio que fornece a base para a identidade cultural em uma cultura de direito único, desempenha um papel significativo nessa integração. Além disso, Chiba usou as mencionadas "três dicotomias do direito" como uma ferramenta para analisar o direito japonês, e ele apresentou a interpretação de que o "postulado de identidade de uma cultura jurídica" do direito japonês é "flexível por um pensamento semelhante ao da ameoba".⁶

⁶ As presentes circunstâncias são tais que a questão de "como compreender o direito japonês ainda não tem uma resposta modelo. No entanto, reconhecendo a relação entre a globalização e a identidade

A sociologia do direito no Japão atualmente é fortemente influenciada pelas abordagens de pesquisa do direito e da economia, e está caminhando em uma direção distante do estabelecimento de um estudo do direito não ocidental baseado em métodos de pesquisa não ocidentais, por Pesquisadores não ocidentais, como sonhado por Chiba, que disse que “é crucial para os pesquisadores não ocidentais tomar uma posição com base em suas próprias culturas e desenvolver, como seus próprios problemas, estudos de classe mundial do direito não ocidental. "Focando em casos de direitos indígenas e direitos sul-africanos que, apesar de parecerem desordenados, ainda existiam entre pessoas que se mudaram para viver em Nairóbi, capital do Quênia, Chiba avaliou a pesquisa do antropólogo Motoji Matsuda e outros que perceberam os direitos indígenas de pequenas comunidades que estavam em contradição com os padrões globais ocidentais da seguinte forma: "ele tem um ponto de vista subjetivo que tende a ser ignorado na chamada observação objetiva de estudiosos ocidentais; além disso, sua pesquisa reflete sobre a negligência da gestão estatal que o Japão realizou ao longo de sua história ao buscar o desenvolvimento "(CHIBA, 2003, p. 12).

No ensaio final que ele escreveu, uma controvérsia da teoria das duas classes sobre a natureza humana, Chiba fez uma comparação entre a teoria da natureza humana como fundamentalmente boa e a teoria da natureza humana como fundamentalmente má. Sobre, se devemos considerar a verdadeira natureza do ser humano como boa ou má, ele escreveu que deve ser notado que tal teoria se baseia na visão subjetiva do observador e não em um fato objetivo em si, discutindo a importância de se levar, simultaneamente em consideração, o fato de que o problema reside não apenas no bom ou no mau da natureza humana, mas também na perspectiva tendenciosa (CHIBA, 2007, p. 14-15). No que diz respeito à cultura jurídica e com base na teoria das duas classes dos seres humanos, ele também escreveu que

do direito Japonês, Michiatsu Kaino, um dos estudiosos japoneses de direito comparado, discute a grande importância do “que constitui a identidade do direito japonês a ser protegido”. Esta identidade a ser protegida é baseada no pressuposto de que tal identidade é um bem da humanidade e do bem comum. Também, uma vez que se pode presumir que, atacando os outros para manter a sua identidade, ou enfatizando exclusivamente a sua própria identidade, pode haver resistência à tendência da globalização, é importante verificar o fenômeno da competição entre a identidade dos componentes da filosofia do direito e o estudo da cultura jurídica para poder determinar “o que é verdadeiramente bom para a humanidade”. John Finnis, que leciona jurisprudência da Universidade de Oxford, argumenta, do ponto de vista da teoria moderna do direito natural, que no processo de perseguir o bem da humanidade e do bem comum, se um líder estabelecer um direito que vá contra a teoria do direito natural, isso é prejudicial ao bem comum e, portanto, tal direito ilícito não tem autoridade moral direta com uma força vinculativa.

há uma teoria do direito de duas classes que consiste no que as pessoas chamam de "lei ruim" versus o que as pessoas chamam de "lei boa", mas não há nenhum argumento confiável que possa demonstrar objetivamente o que constitui uma lei ou projeto que comumente se acredita ser uma "lei ruim" e, além disso, dificilmente há qualquer pesquisa para demonstrar o que constitui uma "lei boa", observando que "ainda não chegou o momento de discutir este tema de forma direta e científica"(CHIBA, 2007, p. 17).

Embora ambas as teorias contenham alguma verdade, antes de considerar a questão de qual teoria é inferior ou superior, desejo discutir a questão do ponto de vista - ou melhor, da perspectiva - a partir da qual o argumento é feito. A questão é que, quando alguém diz que é bom ou ruim, a pessoa que toma a decisão acredita que sua observação reflete a natureza humana objetivamente, mas na verdade é uma avaliação subjetiva que caracteriza o alvo da perspectiva de um terceiro vendo a situação, e assim, talvez, embora uma parte considerável da atribuição objetiva que está presente na própria natureza humana seja de fato expressa, ela não leva a um entendimento justo de toda a atribuição, especialmente para fatos que são contrários à avaliação. Como tal, essa teoria das duas classes é mais do que o fenômeno de tratar ou acreditar em uma avaliação unilateral e unidimensional por uma terceira parte como se fosse atribuição inteira da natureza humana. Claro, precisamente porque a atribuição objetiva é amplamente compreendida, a questão se torna verdade com base no consentimento daqueles que sustentam a mesma visão e, portanto, a teoria, sem dúvida, contém verdade no que diz respeito a este assunto. Ainda assim, deve-se notar que a visão é uma visão subjetiva do observador, não um fato objetivo em si mesmo. Isso é comprovado pelo fato de que aqueles que defendem a visão oposta têm opiniões divergentes. Como tal, a menos que seja simultaneamente levado em consideração que o problema reside não apenas em se a natureza humana é boa ou má, mas também no desequilíbrio de perspectiva, a teoria das duas classes não pode ser considerada corretamente entendida (CHIBA, 2007, p.15).

Chiba argumentou que:

Existem as chamadas "leis ruins".... e o conceito contrastante de "leis boas" não é usado com muita frequência, portanto, é incorreto dizer que o contraste dessas duas teorias constitui uma dupla teoria de classe de uma perspectiva jurídica. No entanto, uma vez que fazer uma emissão tão grande de leis ruins fornece a premissa, logicamente, de que, por outro lado, existem leis boas, isso pode ser interpretado como uma teoria do direito de duas classes em um sentido amplo. Isso leva à ideia de que a presença de "leis ruins" tem dois significados. Um é "leis ruins" no sentido literal, onde o conteúdo das leis pode realmente ser chamado de ruim - em outras palavras, a atribuição das próprias leis é ruim e problemática - enquanto a outra é que o mal está presente não nas leis propriamente, mas sim na atitude social das pessoas que veem as leis como algo problemático. Visto que é difícil determinar se as chamadas leis ruins são de fato boas ou más, e o primeiro caso está mais diretamente relacionado à questão da cultura jurídica do que o último, tratarei do último caso abaixo. Agora, gostaria de refletir um pouco sobre a teoria das duas classes do direito do lado do povo. No entanto, embora a teoria prevalecente sobre as leis ruins seja turbulenta, existem poucos argumentos

confiáveis que podem verdadeiramente e objetivamente demonstrar o significado do lado do povo. Além disso, embora a teoria prevalecente sobre as más leis seja turbulenta, existem poucos argumentos confiáveis que podem verdadeira e objetivamente demonstrar o significado das más leis como um fato objetivo, com respeito à ideia geral do que geralmente é chamado de leis ou projetos ruins, embora não é verdade que tal argumento não exista (por exemplo, como no caso da Ordem Pública e da Lei de Polícia de antes da guerra). Além disso, dificilmente há pesquisas que demonstrem que as leis ou projetos de lei são boas leis. Assim, embora os materiais relacionados com o anterior possam ser encontrados em algum lugar, ainda não é chegado o momento de discutir este tópico de forma direta e científica. No entanto, a sociedade tem uma perspectiva sobre as leis ruins e uma perspectiva sobre as leis boas e, portanto, é possível organizar esses significados. Quando resolvemos os problemas, percebemos que o conceito de direito ou cultura jurídica das pessoas é mais complexo e cobre vários problemas que não podem ser resolvidos pela teoria das duas classes (CHIBA 2007, p. 16-17).

A busca pelo “postulado identitário de uma cultura jurídica” não se encontra na criação de normas que determinem a superioridade ou inferioridade entre o “postulado identitário de uma cultura jurídica” do próprio direito de um país e o de outros direitos, ou entre a "cultura jurídica" do próprio direito de um país e a de outros direitos, mas sim em estar pessoalmente ciente do desequilíbrio de perspectivas ao discutir "leis boas" e "leis ruins". Embora o "postulado de identidade de uma cultura jurídica" de um país esteja realmente sujeito a transformação, Chiba provavelmente consideraria imprudente aspirar à universalização com base na crença de que os valores e princípios que existem no direito ocidental constituem a atribuição integral do direito.

Além da proposição, que se baseia em uma filosofia do direito, de que se há universalidade na orientação dos valores da justiça que é produzida pelo direito e pelo desenvolvimento, em pesquisas futuras sobre o direito asiático, será importante reposicionar o “postulado de identidade de uma cultura jurídica”, esclarecer este termo e, ao mesmo tempo, explicar a interpretação dos valores no direito asiático com base na consciência do desequilíbrio de perspectivas a respeito do “direito correto (do bom direito correto)”, que é resultado da crioulização e hibridização da integração e combinação do direito de um país com o de outros países.⁷

⁷ A sociedade internacional se diversificou e a postura de cada nação com respeito à relação entre o "postulado de identidade de uma cultura jurídica" de acordo com o direito nacional de cada país e o direito internacional, deu origem a um problema. O direito internacional é algo como um "produto do compromisso, e sob circunstâncias em que cada nação tem a "identidade" de um direito nacional que tem o princípio da renúncia absoluta à guerra, ou o pacifismo absoluto, como um direito inerente, não há necessidade de abraçar o "produto do compromisso", que permite o exercício do direito à autodefesa individual e coletiva, como um valor universal. Quando o princípio jurídico do direito internacional ultrapassa o princípio jurídico do direito nacional de cada nação, isso significa que a paz, um valor do bem humano ou do bem comum, está garantida. No entanto, quando o princípio jurídico do direito internacional, ao invés, acelera o declínio na direção de desestabilizar a paz, ele não deve exceder o

REFERÊNCIAS

BABA, Jun. **“Formação da Justiça Alternativa em Papua Nova Guiné”**. In. Justiça alternativa: Considerações críticas sobre o novo direito e a sociedade [em japonês], editado por Shinichiro Ishida. Osaka: Osaka University Press, 2011

CHEN, Hong-Yi. **O Estado de Direito, o Iluminismo e o Espírito do Direito Moderno** [em chinês] Beijing: China University of Political Science and Law Press, 1988

CHIBA, Masaji. **Sociologia do Direito: em busca de desafios** [em japonês] Tokyo: Seibundo, 1988

CHIBA, Masaji. **Legal Pluralism: Toward a General Theory Through Japanese Legal Culture**. Tokyo: Tokai University Press, 1989

CHIBA, Masaji. **“Definição Operacional de Cultura Jurídica.”** [em japonês.] Tokai Hogaku (16):1–27, 1996

CHIBA, Masaji. **Estrutura Pluralística do Direito Asiático** [em japonês] Tokyo: Seibundoh, 1983

CHIBA, Masaji. **“Outros Caminhos para a Faculdade de Direito: Encontros na Jornada de um Sonho 1”** [em japonês] Tokai Hogaku (30): 1–15, 2003

CHIBA, Masaji. **Cultura Humana e Natureza Humana: Descobertas na Jornada de um Sonho 8.** ” [em japonês] Tokai Hogaku (38): 1–25, 2007

HASEGAWA, Ko. **“Tradução do crioulo do direito e do conceito jurídico.”** In. **Introdução ao crioulo do direito: estudo da ordem na integração de diferentes direitos** [em japonês], editado por Ko Hasegawa. Hokkaido: Hokkaido University Press, 2012

KAWAMURA, Arinori. **Westernization of Asian Law and Asian Identities. The Japan Annals of Legal Philosophy**. Tokyo: Yuhikaku, 2007

KAWAMURA, Arinori. **“Análise comparativa da cultura jurídica no leste da Ásia.”**

princípio jurídico de cada nação. Ressalto que a importância do estudo do direito asiático (direito não ocidental) reside na busca de nada menos que o "postulado de identidade de uma cultura jurídica" de Chiba no direito não ocidental, e que a referida busca é encontrada na consciência pessoal do preconceito na perspectiva de alguém ao argumentar sobre a "lei boa" ou a "lei ruim". Acredito que o "postulado de identidade de uma cultura jurídica" do direito não ocidental tem princípios que são equivalentes ou rivais dos valores inerentes ao direito ocidental, como "liberdade, democracia e a garantia dos direitos humanos fundamentais". O princípio do "pacifismo", que é sustentado pelo Artigo 9 da Constituição Japonesa e que não se encontra nas constituições de outros países, é a "identidade a ser protegida" como o "postulado de identidade de uma cultura jurídica" do direito japonês, e espera-se que seja promovido para o mundo mais amplo como a fonte da singularidade da identidade do direito japonês, de modo a se tornar um dos vários princípios que regem o direito global. No entanto, como este é o "postulado de identidade de uma cultura jurídica" do direito japonês, que Chiba descreve como "modo de pensar semelhante à ameba", pode mudar de forma flexível ou ser forçado a fazer mudanças de 180 graus em sua postura.

In. A cultura jurídica no mundo global [em japonês], editado por Takeshi Tunoda e Shinichiro Ishida. Tokyo: Fukumura Press, 2007

KAWAMURA, Arinori. “**Prática Tradicional de Solução de Conflitos Criminais na China e Justiça Restaurativa**”. In. *Justiça Alternativa* [em japonês], editado por Shinichiro Ishida. Osaka: Osaka University Press, 2011

KAWAMURA, Arinori. “Legal Pluralism and Anthropological Mind in Law and Development – Teachings from Japan’s Assistance Program for Law and Development for Indonesian Legal Enforcement Authorities.” **The Report of Coast Guard Academy** 58 (2): 57–83, 2013

KIYOMIYA, Shiro. **Constitution I, Third Version**, 9–10. Tokyo: Yuhikaku, 1979

MATSUO, Koya. “**Revisão do Direito Processual Penal na China**”. [em japonês.] *Criminal Law Journal* (35): 4–7, 2013

MENSKI, Werner. **Comparative Law in a Global Context: The Legal System of Asia and Africa**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006

MENSKI, Werner. “**Empinando pipas em um céu globalizado com previsões meteorológicas duvidosas: acomodando os direitos das minorias étnicas no Reino Unido**”. [em japonês.] *Journal of multilingual multicultural studies and practices* (2): 26–45, 2009

MENSKI, Werner. “**Islamic Law in British Courts: Do We Not Know Or Do We Not Want To Know?**.” In *The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search*, editado por Jane Mair e Esin Örüçü. Cambridge: Intersentia, 2011

MENSKI, Werner. “**Legal Simulation: Law as a Navigational Tool for Decision-Making**.” *The Report of Coast Guard Academy* 59 (2): 1–22, 2014

MENSKI, Werner. “**Remembering and Applying Legal Pluralism: Law as Kite Flying**.” In **Concepts of Law**, editado por Sean Patrick Donlan e Lukas Heckendorn Urscheler. Farnham: Ashgate, 2015

PEERENBOOM, Randall. “**Competing Conceptions of ‘Rule of Law’ in China**.” In **East Asian Law Universal Norms and Local Culture**, editado por Arthur Rosett, Luice Cheng, e Margaret. Y.K. Woo. New York: Routledge, 2003

PEERENBOOM, Randall. **China Modernizes: Threat to the West or Model for the Rest?** Oxford: Oxford University Press, 2007

PEERENBOOM, Randall. “**Judicial Independence in China**.” In **Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law?**, editado por Randall Peerenboom. Cambridge: Cambridge University Press, 2010

SUN, Guo-Hua. “**Estado de Direito Socialista**”. In. **Estado de Direito Socialista** [em chinês], editado por Guo-Hua Sun. Beijing: China Law Press, 2002

TAMANAH, Brian Z. “**The Rule of Law and Legal Pluralism in Development**.” In *Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue*, editado

por Brian Z. Tamanaha, Caroline Sage e Michael Woolcock. Cambridge: Cambridge University Press, 2012

TANAKA, Shigeaki. **Estrutura do Direito Japonês Moderno.** [em japonês] Tokyo: Yuyusha. 1992

TANASE, Takao. “**Mercados globais e a evolução do direito.**” [em japonês] *Jurist* (1258): 44–56, 2003

YASUDA, Nobuyuki. “Estudo de Direito e Desenvolvimento e Assuntos Culturais.” [em japonês] *Asian Law Research* (7): 1–24, 2013

ZHU, Su-LI. **Estado de Direito e seus recursos chineses** [em chinês] Beijing: China University of Political Science and Law Press, 1996

Recebido em 19/07/2021

Aprovado em 24/08/2021

Received in 07/19/2021

Approved in 08/24/2021