O DIREITO AO SILÊNCIO E O ELEVADO ÍNDICE DE CONDENAÇÃO NA JUSTIÇA CRIMINAL JAPONESA

Paulo Moreira

RESUMO

O presente artigo aborda a idiossincrasia japonesa acerca do direito ao silêncio do réu, denodando-se por abranger o trato prático e a conceituação teorética dos juristas e do povo nipônico, e os seus reflexos no número de condenações da justiça criminal dali. O autor expõe os óbices que vê, normativos e fatuais, a uma efetivação do direito ao silêncio aos moldes dos ordenamentos jurídicos ocidentais, cotejando os estádios em que este se desenvolveu no Brasil e no Japão, e, nos limites do escopo do escrito, o espírito subjacente a cada ordem jurídica, tão diferentes entre si — mas que, ultimamente, almejam de igual forma à ideia de direito, isto é, à ideia de justiça.

Palavras-chave: Direito japonês. Direito comparado. Japão. Direito ao silêncio.

ABSTRACT

The present paper addresses the Japanese idiosyncrasy revolving the defendants' right to silence, aiming to embrace both the jurisprudential practice and the theoretical conceptualization from both jurists and the Japanese people and its reflexes on the Japanese criminal justice's conviction rate. The author exposes the legal and the factual obstacles he sees against a concretization of the right to silence following the modern western model, compares the historical environment in which that right came to flourish in Brazil and in Japan, and strives to expose in as much detail as possible the spirit that lies beneath each of these legal systems that, although being so different from each other, aspire just in the same way towards reaching the ideal of "right", that is, the ideal of what is "just".

Keywords: Japanese law. Comparative law. Japan. Right to silence.

INTRODUÇÃO

O número de condenações da justiça criminal japonesa, que, há mais de 3 décadas, mantém-se acima de 99,8% — atualmente, acima de 99,9%, e subindo —, e que amiúde é-nos apresentada através dos noticiários, raramente recebe a atenção que merece. Um cotejo do direito criminal dali, de método empírico mas, sem embargo,

com atenção ao pano de fundo legislativo e histórico-axiológico em que ultimamente assentam as normas de decisão condenatórias, nos revela aspectos da natureza das coisas que ao contrário continuariam latentes; aspectos que já levaram insigníssimos juristas nipônicos a chamar a justiça criminal daquele país de "anormal", "doente" e um "caso perdido". Essas asserções reclamam arrimo, conforme será exposto, numa prática de busca de confissões que se tornou comum; confissões que, por sua vez, vêm a ter importância crucial nos julgamentos das cortes — a quem aqueles últimos juristas atribuem o apodo de meras "cerimônias de ratificação" das apetências dos promotores públicos. Nesta senda, a adoção do princípio do direito ao silêncio pelo direito japonês é, pelos mesmos métodos, perscrutada, a fim de que possamos conhecer e entender percucientemente a grande Ouroboros interpretativa que alimenta, renova e agrava perenemente a praxe jurídica nipônica. Em razão disso, a fim, não nos abstemos de perpassar perfunctoriamente pela história desta augusta garantia no nosso direito, até a hodiernidade.

2 O DIREITO AO SILÊNCIO NO DIREITO POSITIVO

Ao longo da história das civilizações, o homem buscou entender, valorar, e, por vezes, disciplinar o silêncio. A primeira personificação do silêncio teria talvez sido em Harpócrates, deus grego do silêncio; quando da conquista grega do Egito, sob Alexandre Magno, depararam-se os helenos com estátuas de um garoto nu, com o dedo indicador sobre a boca — que na verdade tratavam-se de representações do deus egípcio Hórus, enquanto criança[1] — e, desconhecendo a associação com o antigo hieróglifo que significa "criança" (*khered*), enxergaram nele o cediço gesto de origem greco-romana que pede por silêncio.

Como leciona Baptista de Mello (1998, s/n), em verdade, o silêncio é um fenômeno da vontade, que não apenas representa um valor psicológico, mas também um valor social, porquanto na atividade das ações humanas o silêncio é susceptível de ser apreciado quantitiva e qualitativamente. Ainda que uma expressão gramatical designe uma omissão, esta pode — revestindo-se da eloquência da palavra — constituir-se em sinal de consentimento, virtual e implícito. Portanto, diz, silenciar não é ação, mas omissão; dado, porém, que essa omissão envolva interesse de outrem, deixa de ser um ato indiferente ao meio social — devendo, então, ser disciplinado pelas normas jurídicas.

No direito romano, em especial nos tempos primórdios daquela sociedade, o efeito jurídico de um ato decorria da sua forma, independentemente da *voluntas*. A forma era, sim, um fim em si mesmo, diferentemente do entendimento moderno a respeito da prescindibilidade da forma (GRECO FILHO, 2013, p. 11).

Não obstante, o legislador romano conhecia "relações nas quais o silêncio tem eficácia não tanto para significar o consentimento, como para gerar obrigações, efeitos jurídicos." (PACCHIONI apud PHILOMENO, 1962, s/n). Mello (1998, s/n) plasma exemplos que os historiadores já nos desvelaram: o pai que dava sua filha em

[1] A respeito, ver a entrada "Harpocrates", em Harper's Dictionary of Classical Antiquities. Disponível em: <http://www.chlt.org/sandbox/perseus/harper/page.4943.a.php> Acesso em: 11 mar. 2017.

casamento, onde seu silêncio importava em consentimento; o do filho que, estando sob a *patria potestas*, não podia se casar sem o consentimento do *pater família*, cujo silêncio o fazia suprir — dado que tivesse conhecimento do matrimônio —; o do marido, no caso da esposa que, encontrando-se separada dele, lhe comunicasse a gravidez, importando o seu silêncio em confissão da paternidade; o do proprietário que, depois de expirado o prazo de um arrendamento, deixasse o locatário persistir no uso de coisa alugada, cujo silêncio era tido como consentimento para a prorrogação da locação; entre outros.

Em última análise, as normas jurídicas romanas davam ao silêncio, por interpretação qualitativa, status de manifestação de vontade; esta manifestação de vontade, por sua vez, gerava efeitos jurídicos, de maneira em que aquele que se calava atraía sobre si sério revés: a presunção, perante a lei, de seu consentimento.

Com o desmantelamento do império romano do ocidente e, idade média adentro, o surgimento dos reinos absolutistas, tornava-se cada vez mais comum o emprego da tortura para quebrar o silêncio do acusado, no foro secular e no eclesiástico. O sistema era o das provas legais, e a confissão era a rainha das provas; para a sua obtenção, com conseguinte condenação, valia tudo. O fato do acusado não resistir às torturas, isto é, não conseguindo manter-se silente ante elas, servia como justificativa moral bastante e suficiente para que a confissão dele extraída pudesse ser tomada como retrato fiel da verdade.

Como expõe a eterna professora Ada Pellegrini Grinover (1976, p. 99), o primeiro esboço de um direito ao silêncio concreto, similar ao hodierno, nasceu entre os ingleses, sob a fórmula do *privilege against self-incrimination*. Invocado pelos magistrados da *common law* inglesa desde o século XVI, foi solenemente afirmado no Estatuto de Carlos I em 1641.

> Desde logo compreenderam os ingleses que a tortura não era o caminho ideal para a busca da verdade, nem tampouco o interrogatório deveria ser obrigatório, pois o direito de defesa era parte inerente do *due process of law*. (NUCCI, 1999, p. 139).

Contudo, só com o *Treason Act* de 1695 estipulou-se o direito de representação por advogado para o acusado — importantíssimo meio material de concretização da referida garantia — e o direito de ter uma cópia da acusação feita contra si. Ademais, conforme veremos abaixo, o ordenamento inglês peca, ainda hoje, na contenção do prejuízo para a defesa do réu que, naturalmente, *a priori*, surge, quando do exercício do direito fundamental, e em virtude da própria natureza deste. Ora, não parece razoável que, do exercício de uma garantia histórica, possa resultar desvantagem para aquele que dela se vale; entendimento diverso levaria a uma situação, no mínimo, tragicômica, na qual o titular desta se veria a ponderar se deve ou não se valer da prerrogativa que lhe fora concedida pelo Estado, sopesando as benesses e os males, as bênçãos e as chagas, que disto viriam a resultar.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, herdeiros do direito anglo-saxão, em um dos *leading cases* referentes ao assunto, proíbe o Ministério Público de fazer durante o julgamento qualquer tipo de comentário ou alusão ao silêncio do réu, e o juízo, de instruir o Júri no sentido de que tal silêncio é evidência de culpa (Griffin v. California,

380 U.S. 609, 1965)[2]; em Carter v. Kentucky, constrói-se entendimento de que os juízes têm a obrigação constitucional de minimizar, tanto quanto for possível, as chances do Júri dar valor probatório ao silêncio do réu, ante requerimento deste (450 U.S. 288, 1981)[3]; no célebre *Miranda Case*, decidiu-se que um suspeito tem o direito de somente ser interrogado pela polícia se o quiser, de ser representado a qualquer tempo por advogado, de ter informações, e que um promotor não pode comentar ou apontar ao Júri fato sobre o qual o acusado se calou (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966)[4].

No direito inglês contemporâneo, entretanto, a possibilidade do réu de depor como testemunha de defesa incorporada pelo *Criminal Evidence Act* de 1898, como sabiamente aponta Grinover, "acaba por tirar valor às declarações prestadas informalmente, lançando suspeitas sobre o réu que não utiliza a faculdade de depor como testemunha." (GRINOVER, 1978, p. 104). Depor como testemunha, como o referido instrumento normativo prevê, expõe o acusado à *cross examination*, isto é, a contra interrogatório; em tal situação, este não mais dispõe da faculdade de se calar.

Peca, portanto, este ordenamento, na contenção do revés que o direito ianque tão bem soube controlar — qual seja, o prejuízo para a defesa do réu.

Se pretendermos resumir, enfim, da mais breve maneira, o espírito do princípio do direito ao silêncio e a maneira como ele é visto pelos ingleses nos dias de hoje, talvez seja adequado e suficiente que transcrevamos a advertência constante do *Criminal Justice and Public Order Act*, de 1994, que é feita aos suspeitos: "Você não tem de dizer nada. Mas poderá ser prejudicial à sua defesa que você não mencione, quando questionado, algo que você queira que o juízo considere em seu favor. Tudo o que disser poderá ser usado como prova."[5]

2.1 HISTÓRICO E PREVISÃO LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO

As ordenações manuelinas, e, posteriormente, as filipinas, ambas da época colonial, conforme veremos, nada contribuíram para a cristalização do *nemo tenetur se detegere*. Retratos do poder absoluto do rei de Portugal; retratos da ausência da idéia de respeito às liberdades inerentes ao homem como parte ínsita do "bem comum", expressão consistente senão no binômio de finalidade última e, concomitantemente, *raison d'être* de qualquer Estado; previam, ambas, a tortura como meio salutar de instrução do processo. A tortura, não incomumente, inúmeras vezes mais aviltante que a própria pena final porvindoura; a mais segura invenção para castigar um inocente fraco, salvar um culpado robusto, ou para extorquir a mentira de ambos.

[2] Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/609/case.html> Acesso em: 25 out. 2017.
[3] Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/450/288/> Acesso em: 25 out. 2017.
[4] Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html> Acesso em: 25 out. 2017.
[5] Texto original em inglês: "You do not have to say anything. But, it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in court. Anything you do say may be given in evidence." Quando ainda tramitava o *Act* no Parlamento Britânico, o Secretário de Estado para os Assuntos Internos à epoca, Michael Howard, ao apresentar essa nova versão do aviso policial, disse: "The new caution [...] is designed to ensure that people questioned by the police understand the possible consequences if they answer questions or stay silent."

Obliterava-se, *ipso facto*, qualquer hipótese de exercício do direito ao silêncio do réu.

É de se notar, no entanto, que estas últimas ordenações — refletindo mudanças no espírito do tempo que viriam a fervilhar mais à frente, como veremos — empregaram algum esforço no sentido de tentar tornar o processo de obtenção de provas por meio da imposição de suplícios menos capcioso; ficou vedado, ao magistrado, que condene qualquer um, com base apenas em confissão obtida por meio da tortura, sem que antes ratificasse-a em juízo[6]. Ainda: a ratificação se daria em lugar outro que não aquele onde foi aplicada a tortura, e sempre alguns dias depois dela; "de maneira que já o accusado não tenha dor do tormento; porque de outra maneira presume-se per Direito, que com dor e medo do tormento, que houve, a qual ainda nelle dura, receando a repetição, ratificará a confissão, ainda que verdadeira não seja"[7].

Tal disposição, porém, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, de nada servia. O acusado que, na frente do juiz, negasse o que havia confessado na casa de tortura, seria exposto a nova tortura[8]. Com efeito, todo acusado poderia — em verdade, deveria —, sem óbice, ser submetido a tortura quantas vezes se mostrasse necessário, de modo a forçá-lo a ratificar cá, sempre, e sem falha, aquilo que confessasse lá.

Com a independência da nossa nação e as tendências constitucionalistas a influenciar os povos, e consoante também as ideias liberalistas naturais do solo do novo mundo, que foi sempre estranho à tirania desconhecedora de limites e garantias própria do *ancien régime,* recebemos logo nossa primeira Constituição. Diferente não era de se esperar: no seu artigo 179 — a cuja redação e espírito parece o próprio artigo 5.º da nossa atual Carta remontar — aboliu a tortura e todas as mais penas cruéis. Destarte, não mais era substancialmente impossível, para o réu, a prática do mero ato de permanecer calado ante o pretor, sem que atraísse sobre si cruelíssima expiação.

Sob a constituição de 1891, já no período republicano, os estados da federação detinham competência para elaborar diferentes códigos de processo penal[9]. O direito ao silêncio efetivo surge pela primeira vez neste período: o Código de Processo Penal do Distrito Federal, no último dos oito incisos de seu artigo 296, a tratar do procedimento do interrogatório judicial, ditava ser um *facere* do juiz a indagação, ao réu, "se quer fazer alguma declaração". Ora: não há de se negar que já aí, em tão tímida disposição, de tão antigo instrumento jurídico, residia o augusto direito, em sua essência — "a proibição de extrair compulsoriamente do acusado informações verbais de fatos que possam incriminá-lo" (MORO, 2006, s/n). Não se faziam presentes, no diploma, quaisquer instrumentos de compulsão física ou moral a visar a obtenção de comunicações ou expressões que devem vir da vontade livre do réu — os instrumentos de coerção estatal de sorte tal que têm a capacidade de ferir a excelsa garantia, como disse a *Corte Suprema de Justicia* Argentina (*caso H.G.S. y outro, CSJN, Fallos 318:2518)* (CARRIÓ apud COUCEIRO, 2004, p. 355). Com efeito, finalmente, em

[6] Ver Ordenações Filipinas, livro V, título CXXXIII. Sugere-se a versão recopilada por Cândido Mendes de Almeida, de 1870, p. 1309. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733> Acesso em: 25 out. 2017.

[7] Ver nota 6 supra.

[8] Ver nota 6 supra.

[9] Vários estados editaram códigos sobre essa matéria. Yokohama (2007), citando Couceiro, dá como exemplos: o Código de Processo Criminal do Distrito Federal, o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, e o Código de Processo Criminal do Estado do Paraná.

terras brasileiras, admitia-se o mutismo do acusado; ao Estado-Juiz só restava aquiescer ao uso desse meio de defesa por parte daquele.

Infelizmente, quiseram os espíritos do tempo que ainda não fosse chegado o fausto dia em que o direito observado pelo magistrado distrital sê-lo-ia por toda a Federação: 5 anos após o fim do período de *vacatio legis* e o entrar em vigência do referido Código, a Segunda República se azava; com ela, os lados escuros do coletivo-punitivismo — ou "defesa social", como viria a alcunhá-lo o legislador do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, na exposição de motivos deste.

Com a revolução de 1930, chegava ao fim a oligárquica Primeira República Brasileira; concomitantemente à subsequente subida de Getúlio Vargas, ideários de teor nacionalista e de cunho autoritarista e coletivista — a preconizar maior legitimação da ação punitiva estatal *pro societate* em face dos interesses do *reo* — distendiam abertas asas sobre as nações, do nascente ao poente. Eruditos, e vulgo; segundo e terceiro estados; governantes, e governados; dentre os mais distintos grupos viam-se a surtir as vinhas de paixões desta sorte. Getúlio não era exceção: tais ideais o apeteciam, e embeberam sua mundividência, e fizeram-se expressar em seus feitos — suprimiu as bandeiras dos estados federados; organizou, em pomposa festa, na Esplanada do Russell, a queimada das bandeiras estaduais, em grande ato simbólico (OLIVEN, 1986, s/n); atestou, sobre este tema, não ter mais o Brasil problemas regionais: "Todos são nacionais, e interessam ao Brasil inteiro" (VARGAS, 1942, p. 184); e chamou de volta para a União a competência privativa para legislar sobre o direito processual penal.

Consequência dessa avocação, em 1941, nasce o novo Código de Processo Penal, de aplicação nacional — e o truísmo aqui, faça-se constar, tem azo na necessidade de recamar a contraposição deste Código ao do Distrito Federal: o tratamento dado ao silêncio do acusado naquele contrapunha visceralmente o constante deste. Por óbvio, a partir de 1941, fazia-se valer (no Distrito Federal, como, por certo, em todas as terras da República sob o sol) apenas a letra do código decretado por Vargas, e desta forma, o direito ao silêncio, a partir de então, vir-se-ia efetivamente eclipsado em todo o nosso país, conforme veremos.

A conduta do réu que não respondia às indagações do pretor foi positivada nos artigos 198 e 186. O texto original deste dispunha: "Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa". Símile era a disposição daquele. Sua redação original: "O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz".

O interrogatório passava, a partir de então, a ser visto como mero meio de prova. Ora: justaponha-se tal visão às supraditas epidêmicas tendências legitimistas; inadmissível seria, consoante o *zeitgeist*[10] pairante, a perniciosa ideia de que deveria, o *jus puniendi* do Estado, submeter-se ao unilateralíssimo interesse do indivíduo de usar da faculdade de se calar, em prejuízo dos anseios sociais — a clamar por segurança, e tornando visível sua aquiescência em pagar o preço em liberdade devido por ela, parafraseando-se o famoso aforismo de Benjamin Franklin — e da instrução do processo — outrossim, ultimamente, de toda a *persecutio criminis*; através da qual, por sua vez, viam os ansiosos e carentes olhos da sociedade brasileira as panaceias para as chagas daquele tempo.

[10] Espírito do tempo; espírito do povo de um local, em uma era.

Com o fim da segunda guerra mundial e a derrota de exóticas ideologias que, ao menos simbolicamente, eram os baluartes das ideias nacionalistas e autoritaristas, tais *Weltanschauungen*[11] perdem espaço para cosmovisões mais liberal-individualistas — particularmente em suas interpretações a respeito de teorias internas da soberania (a tratar da relação do Estado para com os governados). As garantias individuais começam a perder, paulatinamente, a imagem de feroz antagonista dos interesses de todos, ou do bem comum; ao contrário, a positivação destas passa a ser bem quista, porquanto também beneficiam o todo, na medida em que qualquer indivíduo pode se valer delas: não tanto contra outros indivíduos, é verdade, mas principalmente contra o próprio Estado, de quem partiam reprovabilíssimos abusos contra os quais cada vez mais voltava-se a opinião pública. Começam a surgir, a nível internacional, tratados a visar a proteção de direitos inerentes ao homem: tal movimento passa a ser denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Mui frutífero nos é o escrito de Piovesan (2008, p. 20-21) sobre o assunto, que leciona: o movimento tem por base tanto uma pretensa obrigação, de todas e cada uma das nações, de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos, como também uma relativização da soberania em sua noção externa — um Estado *vis-à-vis* outros Estados —, de tal arte que as outras nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar se um Estado não observar aquela obrigação.

Dentre os principais tratados frutos desse novo galho do Direito, neste texto, e para os fins da melhor compreensão da garantia individual nele dissecada, enquanto entendida pelo ordenamento pátrio, hão de se destacar dois: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ambos ratificados e entrando em vigência em nosso país na década de 90.

Ambas previram como "garantias mínimas" da "pessoa acusada de um delito", dentre outras, o direito ao silêncio, na forma da não obrigação de depor contra si mesma ou de confessar-se culpada. Também a nossa própria Constituição Cidadã, àquele tempo, já havia insculpido essa garantia no inciso LXIII do seu artigo 5.º. Em razão da ululante insuperável dissonância entre estas disposições e aquelas constantes do código getulista, era imperioso que fossem feitas alterações no texto legal, de forma a adequar o código à letra constitucional, também como à daqueles tratados — que por sua vez, entendem as respeitáveis correntes em certame no excelso pretório, têm, *quando menos*, força supralegal[12]. Desvelou-se, então, o legislador, em superpor esta e mais outras provisões extemporâneas; e do desvelo nasceu, em 2003, a lei de número 10.792.

Alterou-se o artigo 186, e tirou-se o "embora", o revés, a vicissitude; surgiu o parágrafo único, a dispor que "o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa". Obtemperamos que talvez por alguma desatenção não foi também alterado o artigo 198, que continua a dispor que o silêncio do acusado pode constituir elemento para a formação do livre convencimento do pretor; a despeito disso, ficou clara a mensagem dos feitores das leis, em radiante contrariedade

[11] De *Weltanschauung*, ou visão de mundo; filosofia de vida; ideologia.

[12] A respeito, vide RE 466343/SP; RE 349703/RS; e HC 96772/SP. Tratamento percuciente é dado à questão no trabalho de Wladimyr M. Albano, "Os tratados internacionais sobre direitos humanos, o direito a não auto-incriminação, as declarações tributárias obrigatórias e os crimes contra a ordem tributária", 2010, p. 1-3. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/8049.pdf> Acesso em: 25 out. 2017.

às praxes vetustas — tanto as que se observavam sob as ordenações dos senhores reis, isto é, a dependência inilidível na confissão, e a crença nos tormentos como meios legítimos para consegui-la, quanto as já do período da coisa pública, filhas do leviatã Estado Novo, que, *veritatem perquirimus*, vilipendiava e vexava a garantia fundamental, e desprovia-a da própria essência e potestade, infundindo-lha a possibilidade de interpretação *contra reo* —: entenderam, finalmente, que o direito ao silêncio concedido ao réu não é prestação de permuta, donde ser-lhe-á dada, em troca, a presunção de sua culpa, ou mesmo a quebra da sua presunção de inocência; é, sim, direito, *potestas.* Tem caráter unilateral: não há o que se exigir para o exercício dele, ou em troca dele. O julgador deve manter-se em real estado de equanimidade ao se deparar com o mutismo de quem está sendo acusado perante si. Livre de impressões nefastas; livre de paixões, tal qual o mais aplicado dos estoicos.

2.2 HISTÓRICO E PREVISÃO LEGAL NO DIREITO JAPONÊS

Ao *sakoku* (país trancado, acorrentado) nunca fora aberrante o valer-se — ou, ainda, não é temerário dizer, o copiar, ou transliterar — da sofia das outras gentes. Não obstante a conhecida política que ornava aquele nome, a que o xogunato Tokugawa deu prover, ainda durante a sua vigência floresciam os estudos holandeses, ou *rangaku*, frutos da exceção feita pelo xogum aos homens daquele Estado europeu: que, com sensível tino político, temia que também o Japão fosse feito em vítima da colonização, a primeiro passo, cultural, e depois factual, europeia — com olhos ao que se passava nas Filipinas e, por que não dizer, também nas Américas; que, também por eficaz juízo das coisas, percebeu não ser esse o caso no que diz respeito aos holandeses, menos afoitos, por assim dizer, e sob esse e parecidos fundamentos permitiu que estes e os povos circundantes dali (coreanos, chineses e os léquios) continuassem a fazer negócios com os japoneses, em específicas áreas do Japão designadas para tal. Em verdade, esse típico sincretismo nipônico data já aos séculos VII e VIII, quando, dos costumes e das ciências chinesas, forjaram para si um alfabeto, religião, e códigos morais e de Direito (PORT, 1991, p. 145). Shigemitsu Dando, ex-ministro da Suprema Corte Japonesa, asserta, inclusive, que os códigos *Taiho* e *Yoro* — adotados no Japão naqueles tempos — constituíram, de fato, uma adoção dos códigos chineses que vigoravam naquele estádio (DANDO, 1965, p. 12).

De acordo, desde tão longínquos tempos, a legislação japonesa assemelhava-se à chinesa em crueldade. A ciência das penas desconhecia o princípio da pessoalidade. A estima quase marital que tinham os legisladores para com o caráter preventivo geral da sanção criou, assim como na Europa daquele tempo e além, aberrações legais ao estilo da "morte natural para sempre" [13] — a que os cânones do tempo fizeram a bondade de apagar da memória do povo, e mesmo dos acadêmicos desta Ciência —; Schmidt (2001,

[13] Trata-se de prescritíssima pena, de autoria dos portugueses; dada prover e mandada observar também no Brasil, em virtude, primeiro, do estado de colônia, e, depois, de decreto de D. Pedro I, a ordenar que se observassem as ordenações, leis, etc. promulgadas pelos reis anteriores, até que nossos legisladores as revogassem, editando novos códigos. A tautologia não é sem razão: ao contrário da pena de "morte natural", o condenado à pena de "morte natural para sempre" permanecia no cadafalso, morto, até que apodrecesse, para servir de exemplo. Foi a pena decretada a Tiradentes, em 1792.

p. 19) cita, por exemplo, sombrios desfiles pelas vilas, exibindo-se o moribundo (desfiles que passaram a ser conhecidos como *hikimawashi*, ou *sarashi*), crucificações, entre outras anoveadamente piores.

As prerrogativas do Estado-executor, é claro, eram de fazer brilhar os olhos de Ulpiano. A confissão era, via de regra, *sine qua non* para a condenação, e a tortura era o meio de alcançá-la. As torturas eram separadas em duas principais categorias: as *romon* e as *gomon*; estas, as mais pesadas: eram aplicadas em uma câmara especial de tortura, e a mais comum era a *tsurizeme* — na qual os braços do acusado eram amarrados atrás de suas costas, e ele então ficava suspenso pelos pulsos (DANDO, 1965, p. 19). O único limite ao poder do Estado era ele próprio: quando, no único caso em que se havia falar em condenar alguém sem sua confissão — i.e., quando, a despeito da recusa do acusado em confessar, sob tortura, restava prova forte de sua culpa —, o legislador xogum estipulara que a punição haveria de ser diminuída em um grau. Dessa forma, o próprio Estado impunha um limite no seu *jus puniendi* quando tinha menos certeza da culpa do condenado (dada a falta da confissão); de acordo, a respeito desse fenômeno, Yoshiro Hiramatsu disse se tratar de uma aplicação deveras questionável do princípio *in dubio pro reo* (HIRAMATSU apud FOOTE, 1991, p. 421). Foote, ao falar do assunto, sustentou que, em muitos casos, tal redução se fazia uma verdadeira benesse: poderia significar a diferença entre uma pena de morte e uma de banimento (FOOTE, 1991, p. 420).

Em 1868 começa a era Meiji, e a sociedade japonesa passa por um processo de reestruturação assombrosamente rápido. Os *daimyo*, ou lordes feudais, rendem suas terras ao imperador, que reclama sua soberania sobre todas as terras do Japão. Tem lugar uma reforma agrária, a industrialização do país, e a transferência do poder, factualmente, para as mãos do clique que derrubara a elite anterior (*bakufu*); contudo, muito embora o 4.º artigo, ou dizer, da carta política que pretendia inspirar e guiar os processos reformatórios — o *Gokajo no Goseimon* (Juramento Imperial dos Cinco Artigos) — dispor que "os deletérios costumes do passado descontinuar-se-ão; novos costumes deverão basear-se nas justas leis da natureza" [14], o *ethos* daquela sociedade restou teimoso: confeccionaram-se novos códigos penais em 1870 e 1873, à luz ainda das tão tétricas e senis doutrinas chinesas. A ideia de direito penal sem a *regina probationum* ainda era quase que totalmente ignorada: diz-se quase, pois não há de se negar que houve certo avanço em relação ao *Osadamegaki* e precedentes — as leis e materiais que disciplinavam o direito de punir do xogunato, quando da transição para a era Meiji (FOOTE, 1992, p. 418-419). Sob as novas leis, não poderiam ser torturados nem os jovens — abaixo de 15 anos de idade — e nem os por demasiado velhos — acima de 70 anos (ABE, 1956, p. 615). Tampouco havia que se falar em tortura aos doentes, ou às gestantes, antes, tanto quanto depois, do nascimento; em todos esses casos, a condenação poderia se basear em testemunho de mais de três pessoas, ou *shu-sho*[15] (ISHII, 1948, p. 138).

Diz-se de Boissonade, professor da *Faculté de droit de Paris*, um dos *oyatoi gaikokujin* (experts estrangeiros) convidados pelo governo japonês para ajudar a modernizar o direito dali, que numa certa tarde de 1875, passando pelo Tribunal de

[14] Texto pesquisado, em inglês: "Evil costumes of the past shall be discontinued, and new customs shall be based on the just law of nature." Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Charter-Oath> Acesso em: 10 out. 2017.

[15] "Evidência de várias pessoas".

Tóquio, a caminho da *Hogakko*[16], onde faria uma preleção, foi surpreso por estranhos e altos ruídos, que lembravam gemidos ou gritos. Tomado pela curiosidade, correu tribunal adentro, ao encontro da fonte daquele escarcéu; ao chegar ao quarto de onde ele provinha e abrir-lhe a porta, qual não foi a surpresa do acadêmico ocidental ao deparar-se, ali, à luz do dia, com uma das mais penosas formas de torturas então prescritas naquele direito: a *ishidaki*, ou "tortura de segurar pedra"[17]. Diz-se, ao final da anedota, que o professor ficou em estado de choque. Não foi em vão, porém: ante os reclamos do docente, nos seguintes anos, o governo, pressionado, aquiesceu ao fim do monopólio da rainha das provas para a imposição de condenação — reformou o artigo 318 do Código Penal, em 1876, de maneira a dispor que "em virtude das evidências", e não "de sua confissão" [18], "poderá o acusado ser condenado" [19] — e, em 1879, através de um decreto, a tortura foi finalmente abolida *de jure*. Em 1880, nasceu o novo Código de Processo Criminal, cujo esboço foi feito por Boissonade, e então o direito japonês consolidou-se nesse sentido (ABE, 1956, p. 614-616).

Às vezes, porém — e não raramente acabamos por esquecê-lo —, o direito divorcia-se da moral.

A prática aberrava, e era contemptora fariseia da teoria, emprestada cruamente de povos doutra moral, e costumes; muito obstante a contrariedade às leis, os persecutores daquele direito, jamais tendo conhecido grandes insurreições do povo[20], nem tampouco grandes quebras de paradigmas, ou ordens sociais[21] — sementes das garantias liberais e da emancipação kantiana da pessoa humana —, não estavam tão dispostos a abrir mão das velhas maneiras. Da mesma e igual maneira a que se procedia em juízo, passou a proceder-se nos ofícios da polícia e promotores — o que teria levado, a exemplo, um dos estudiosos do direito japonês, alguns anos após a invasão militar americana, a assertar que "da abolição, sugerida por Boissonade [...] o único resultado foi o de que a tortura foi movida da corte para as estações de polícia" [22] —; a confissão

[16] Escola de leis mantida pelo Ministério da Justiça, predecessora da hoje Faculdade de Direito da Universidade de Tóquio, a maior do Japão.

[17] Nessa forma de tortura, o prisioneiro era forçado a se ajoelhar sobre uma placa, consistente em várias pequenas toras de madeira em formato de prisma, justapostas lado a lado — cheia de aclives e declives, portanto — e em seguida eram postas várias lajes em seu colo — de maneira a pressionar as coxas contra as canelas, e as canelas contra aquela superfície de madeira, com a força de centenas de quilos.

[18] Texto pesquisado, em inglês, do artigo 318 do referido código antes da reforma: "The accused shall be found guilty by the conviction of the court based upon his confession."

[19] Texto pesquisado, em inglês, do artigo 318 do código pós reforma: "The accused shall be found guilty by evidence."

[20] O período Tokugawa, particularmente após a expulsão dos proselitistas cristãos — aos quais atribui-se a culpa, especialmente, da insurreição de Shimabara, a maior do período, onde dezenas de milhares de camponeses, em sua maioria cristãos, rebelaram-se; ver BOLITHO, 1974, p. 228 —, é conhecido pelos historiadores como um período de grande estabilidade e paz social, sob o estrito controle social dos xoguns. Ver geralmente ROBERTS, 2012. Da mesma forma, ABE , 1956, p. 618, refere-se à "servilidade" de seu povo ainda após este período. Ver *kokutai* à nota [25].

[21] A exemplo, as reformas protestantes; as revoluções liberais, em especial as de França, e as da Europa, *generaliter,* a 1848; entre outros.

[22] Texto original, em inglês: "When [torture] was abolished on the suggestion of Professor Boissonade […] the only result was that torture was moved from the court to the police station." Vide American Bar Association Journal, vol. 49, n.º 8, de agosto, 1963, p. 765. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=91gZT-VA9CIC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 27 out. 2017.

era prova segura demais, e exigir destes, assim de chofre, que a não mais perseguissem, seria, quando menos, temerário; quando mais, parvoíce.

Adotando técnicas mais sofisticadas de agredir[23], e valendo-se da prática a que hoje chamam os americanos de *trip around the loop (Tarai-Mawashi*, chamavam-na os japoneses), isto é, de transferir o suspeito de uma estação policial para a outra, a fim de escapar ao limite temporal imposto pela lei à prisão sem mandado judicial (ABE, 1956, p. 620), venceram, efetivamente, as restrições legais à tortura, que então continuava; e dessa forma seguiu-se sob o regime da Constituição Meiji, tão festejada por aquele povo, mas tão lacunosa, e cega, no resguardo das garantias do indivíduo. Pré-guerra adentro, não se via senão piora; com a edição da Lei de Preservação da Paz[24], de 1925 — ou, tomamos a liberdade de fazer tal símile, o "AI-5" nipônico — quaisquer que bem dissessem, ou advogassem, ideologia contrária à ideologia da elite militar, o *kokutai*[25] — como, a exemplo, o socialismo, anarquismo, ou republicanismo — cometiam crime — a ser investigado das mesmas tão abusivas maneiras. Através de um processo em muito similar ao que se deu em nosso próprio país, aprenderam os japoneses, da mais atroz maneira, que a intangibilidade que o Estado por demais punitivista, em algum ponto na história, há inexoravelmente de obter — mostram-nos os historiadores —, acaba invariavelmente por voltar-lho contra o povo, e por torná-lo em verdadeiro regime de Moloch: trevoso; celerado; aberrado mesmo pelos juristas de mui assombrosos e severos tempos, mas que, quando menos, fizeram constar em seus livros, e em História, princípios tais, como de *iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*[26], e do exercício do poder "pelo soberano, para o povo" [27]. De acordo, àquele momento, acontecimentos como o que sucedera a Takiji Kobayashi, escritor dissidente, perseguido pela polícia e, segundo ela própria, feito vítima de fulminante ataque cardíaco, durante um interrogatório — cujo corpo nenhuma faculdade de

[23] A exemplo, citam-se as práticas de verter água, com uma mangueira, às narinas ou boca do suspeito, ou de encaixar um lápis por entre seus dedos, e forçá-lo pra baixo. Eram práticas destinadas a causar dor, mas sem deixar marcas exteriores. Vide ABE, 1956, p. 618. Contudo, casos de muito mais reprováveis técnicas, que por vezes desaguaram, inclusive, na morte do suspeito, também se verificaram — poucos sendo trazidos à luz em juízo. Ver caso Kobayashi, à nota [28].

[24] Texto traduzido para o inglês disponível em: <https://msu.edu/~londo/FAU/4933_web/Peace_pres_law.htm> Acesso em: 28 out. 2017.

[25] Termo usado à exaustão pela elite militar japonesa, especialmente no pré-guerra, que circunscreve o tido "espírito japonês": a imutável essência, legendária, e divina, japonesa: a unidade espiritual e material histórica de todos os súditos com o seu imperador — descendente direto da arquideusa Amaterasu —, formando a eterna relação de família-Estado entre estes, e (assim tida) inelutável prova da superioridade daquele povo. A finalidade e objetivo último da dissuasão do *kokutai*, que se deu principalmente através do livro *Kokutai no Hongi* (Princípios Básicos da Essência Japonesa, *Kokutai*), distribuído por todas as escolas japonesas, era a formação, ou renovação, da homogeneidade do povo japonês — o reavivamento de seu conformismo, chagado por alienígenas idéias revoltistas que se popularizavam àquele tempo, como o comunismo e anarquismo. Veio a justificar não só o absolutismo, mas o imperialismo; sob o slogan *hakko-ichiu* (o mundo todo sob um mesmo teto), o conceito se aplicava também ao mundo exterior: o conceito de família estendia-se aos outros países, tendo o Japão, e o imperador, como a cabeça da família; e os outros países, especialmente Coréia, Taiwan e China, como irmãos mais velhos ou mais novos. "A superioridade da nação japonesa, com virtudes eclipsantes de todas aquelas dos outros países, consequentemente avalizava as ambições do Japão de liderança sobre toda a Ásia Oriental." A respeito, ver REYNOLDS, 2004, p. 58-64.

[26] Digestas, 1.3.8.

[27] Digestas, 1.4.1.

medicina, nem mesmo a de Tóquio, aquiescia em autopsiar, já augurando qual tinha sido o verdadeiro desfecho de Kobayashi, e tementes do irrestrito poder estatal —, e que depois provou-se ter sido arbitraria e brutalmente torturado e morto[28], tornavam-se cada vez mais comuns. A irreversibilidade da situação política do país era palpável, e nada havia a ser feito: o povo, antes aquiescente, e depois impotente; o congresso, parado; o clique de militares em efetivo exercício do poder, macambúzio, e intransigente.

Mais uma vez, a próxima fase do direito japonês dimanar-se-ia do direito estrangeiro; diferentemente, porém, desta vez, de inovadíssimo modo, não se mesclaria a vetustas outras doutrinas, de tão outros tempos, de tão outras leis. Estavam para conhecer, finalmente e de pronto, as liberais doutrinas da fina flor da gente do velho mundo, fruto também de tanta luta, dor e abuso, quanto viveram os japoneses até ali; salvaguardas antes aberrantes a povo tão legitimista, e ligado aos anciães hábitos e tradições; mas, acabariam por aprendê-lo, felicíssimas as nações — e jamais conseguiriam imaginar-se, hoje, a delas abdicar — que conhecem e guardam em seu seio essas augustas garantias de Beccharia.

3 ATUALIDADE

No pós-guerra, a principal fonte das diretrizes e realizações do Comandante Supremo das Forças Aliadas — general Douglas MacArthur — e sua staff é o relatório, por eles confeccionado, conhecido por *Political reorientation of Japan*[29]. Nele, as autoridades marciais reconhecem o problema dos "muitos casos em que a única evidência, ou a principal prova de culpa oferecida durante o julgamento era uma confissão obtida por tortura [...]" [30]; "nada afeta mais as vidas de homens e mulheres do que os métodos pelos quais a justiça criminal é administrada" [31], aquiescem. "Destarte, a nova Constituição estabelece firmes salvaguardas para a proteção do indivíduo no campo da justiça criminal" [32]. Pode-se dizer, muito embora alhures também se o acoitem, é nos artigos 10 a 40 da nova (sendo ainda a atual) Constituição que se encontram essas salvaguardas[33]; e aos artigos 31 a 40 a seção que a nós é pertinente deste documento faz especial menção[34]. Ali vemos, entre outros direitos fundamentais particularmente relacionados à emancipação do homem ante o *principis placere* — como o princípio do (célere e público) [35] devido processo legal[36], do acesso à Justiça[37] e

[28] Sobre o caso Kobayashi, ver MITCHELL, 1992, p. 83-84.
[29] Texto em inglês disponível em: <https://catalog.hathitrust.org/Record/001149572> Acesso em: 29 out. 2017.
[30] Texto original em inglês: "Moreover, in many cases the only evidence or main proof of guilt offered during the trial was a confession obtained by torture […]". Vide *Political reorientation of Japan*, p. 228.
[31] Texto original em inglês: "Nothing affects more the very lives of men and women than the methods by which criminal justice is administered". Vide nota [30] supra, p. 227.
[32] Texto original em inglês: "Therefore, the new Constitution has established elaborate safeguards for the protection of the individual in the field of criminal justice". Vide nota [31] supra.
[33] Constituição do Japão (*Nihon-Koku Kenpo*) (doravante CONSTITUIÇÃO). Texto traduzido para o inglês disponível em: <japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html> Acesso em: 13 jan. 2018.
[34] Vide nota 31 supra.
[35] Vide CONSTITUIÇÃO, nota 33 supra, art. 37, primeira parte.
[36] Vide CONSTITUIÇÃO, art. 31.

sua gratuidade[38], da irretroatividade da lei penal[39] —, a apoteótica positivação em norma constitucional de tudo que, no ocidente (de hoje), conhecemos como essenciais antípodas daquela idiossincrasia que expendemos. Em termos concretos: deparamo-nos com a imposição do mandado judicial para a restrição da liberdade[40] — a que o (também aprovado durante e no espírito das reformas americanas) Código de Processo Criminal de 1948 fez inserir o requisito da justa causa[41] —; o direito a defesa técnica[42] — antes só garantida pelo Estado em caso de crimes mais graves ou envolvendo incapazes e menores[43] —; e o mais urgente para a concretização do princípio objeto de nosso fito: a proibição da tortura, assim como da admissão de confissões obtidas através da sua inflição, e da extração compulsória do acusado de informações verbais de fatos que possam incriminá-lo (que, conforme já defendemos, é no que o direito ao silêncio consiste) [44]. O Código de Processo Criminal que mencionamos também não teve papel despiciendo. Ao contrário, ajudou a concretizar, através da regulação, estes preceitos constitucionais[45], e somou salvaguardas novas dele próprio: os limites de tempo que impôs à restrição física na fase extrajudicial — desta vez com melhor redação, focada nos problemas práticos — e o direito do réu a se encontrar com seu defensor resolveram

[37] Vide CONSTITUIÇÃO, art. 32.
[38] Vide CONSTITUIÇÃO, art. 37, última parte.
[39] Vide CONSTITUIÇÃO, art. 39, primeira parte.
[40] Vide CONSTITUIÇÃO, art. 33. Com a exceção do flagrante, decerto, tal como cá se a faz. As hipóteses ensejadoras do "estado de flagrância", ao mais, em muito relembram as do nosso direito, sendo dispostas inclusive na mesma ordem que os nossos incisos do art. 302 do Código de Processo Penal. Contudo, há duas hipóteses a mais: a do suspeito com "traços visíveis da ofensa" em seu corpo e a do que "tente fugir, quando confrontado (sobre a infração)". Há também uma figura distinta, um peculiar "pseudo-flagrante"; é cabível quando se trate de crime punível com morte ou prisão celular, com ou sem trabalho, perpétua ou por período de três anos ou mais (leva-se em conta a pena máxima), e, em adição, "devido a urgência", não seja possível obter um mandado judicial. Nesse caso, o mandado deve ser requerido imediatamente após a prisão e, se negado, imediatamente solto o suspeito. Vide Código de Processo Criminal (doravante CPCrim), arts. 210, primeiro parágrafo, 212, e 213. Texto traduzido para o inglês disponível em: <www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2283&vm=04&re=02> Acesso em: 14 jan. 2018.
[41] Vide CPCrim, nota [40] supra, art. 199. No seu conceito se incluem o requisito do risco de fuga ou prejuízo para a instrução. Vide art. 143, parágrafo terceiro, das Regras para o Processo Criminal. Texto em inglês disponível em: <www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main&id=1979> Acesso em: 14 jan. 2018.
[42] Vide CONSTITUIÇÃO, nota 33 supra, art. 34. O direito a defensor nomeado, tal como no Brasil, só surge na fase processual, isto é, após instaurada a ação. Vide FOOTE, 1992, p. 432. A respeito do funcionamento no Brasil, ver TOURINHO FILHO, 2010, p. 297.
[43] Vide *Political reorientation of Japan*, p. 228.
[44] Vide CONSTITUIÇÃO, nota 33 supra, arts. 36 e 38. Talvez, à primeira vista, possam todas soar como meras inocuidades. Afinal, já vimos que a abolição da tortura data já ao século anterior à invasão americana; da mesma época data também o fim do "monopólio da confissão", em verdade. Não nos esqueçamos, todavia, da hierarquia das normas: "sob o antigo sistema, o poder totalitário pôde privar o povo deste privilégio através de uma lei aprovada pelo parlamento paralisado, mas sob o novo sistema, ninguém pode fazê-lo senão através de emenda constitucional". Vide ABE, 1956, p. 622-623. É forçoso reconhecer que, mesmo sob o ponto de vista meramente normativo, essas reformas tiveram e têm o seu uso e efeito de per si. Com o que, é claro, não negamos a importância das circunstâncias fáticas do pós-guerra na concretização do *nemo tenetur* no Direito japonês..
[45] Além das notas já feitas, vide CPCrim, nota [40] supra, arts. 198, primeiro e segundo parágrafos, 291, segundo parágrafo, 311, 318, 319, e 322, primeiro parágrafo, segunda parte. Vide FOOTE, 1992, p. 426.

o problema da *Tarai-Mawashi* clássica[46]. Retomaremos a questão dos limites de tempo em outro momento; cotejado o novo direito positivo japonês e o espírito que agora descansa, latente, naquelas leis, cabe uma indagação, com vista mais à prática, do que os japoneses acabaram por aproveitar desta tão dramática experiência. Em que medida a democracia significou o estertor de mais do que meros títulos aristocráticos e um jogo das cadeiras político, verdadeiro "elas por elas" em meio ao qual não haveria de (re)nascer senão o totalitarismo, *per saecula saeculorum*? A que medida, mais do que o mero texto legal, mas também a *teleologia imanente* às suas leis poderia se ocidentalizar — num processo que necessariamente haveria de ser "compreensivo", já que tratamos da autodeterminação de povos —, quanto desse novo conjunto de valores os (não) atingiria como numenal, sendo mais uma vez descartado como um formalismo alienígena, inaplicável ao povo nipônico?

Ocidentalização essa, aliás, com a qual não se está a implicar nenhuma *scala naturae* social-darwinista. Veremos que, conquanto que com um cariz próprio, o direito ao silêncio, em sua generalidade, conseguiu bem alicerçar-se (no direito japonês). É que cabe uma indagação em direção à "justeza" do seu trato na prática jurídica japonesa contemporânea: não se parte para isso, contudo, do que temos *no ocidente* como o "justo", pois que entender que nossa compreensão do justo é a correta seria "antecipar toda a experiência moral futura, que ainda não fizemos, e o [futuro] 'curso do mundo' no seu conjunto" (RYFFEL apud LARENZ, 1997, p. 250); ao contrário, fazemo-la nos remetendo à justiça em si, como coisa em si mesma, o "recto absoluto pressuposto por todas as posições relativas" ao qual "estão também orientadas as discussões das posições", e que, embora não possamos nunca conhecer plenamente, "é-nos, em todo o caso, lícito acreditar que nos chega à mão, aqui e ali, um pedaço do fio" do grão novelo da justiça, "cujo fim é para nós oculto" sempre (LARENZ, 1997, p. 241).

3.1 O TRATO LEGAL E JURISPRUDENCIAL DO DIREITO AO SILÊNCIO E O PAPEL DAS CONFISSÕES

A taxa de condenação da Justiça japonesa, que, historicamente, se mantém acima de 99,9%[47], forçosamente conduz a uma impressão apriorística daquele país. Antolha-se-nos, a partir de então, como a Arcádia do *pro societate*; nas palavras de David T. Johnson — uma das mais proeminentes vozes no estudo comparado do Direito japonês, e certamente o que mais desvelou-se em pesquisa de campo sobre a praxe da procuradoria japonesa, tendo obtido acesso sem precedentes à atividade persecutória no Escritório Distrital da Promotoria Pública[48] da cidade de Kobe e enquanto empregado

[46] Vide CPCrim, arts. 39, primeiro parágrafo, 203, primeiro e último parágrafos, 204, primeiro e terceiro parágrafos, e 205. De acordo, ABE, 1956, p. 623.

[47] Ver *White paper on crime*, divulgado pelo Ministério da Justiça do Japão. A edição mais atual, com dados de 2015, indica que dos 333.755 casos finalizados, 333.331 resultaram em condenação. Texto traduzido para o inglês disponível em: <hakusyo1.moj.go.jp/en/nendo_nfm.html> Acesso em: 24 jan. 2018.

[48] A figura literalmente referida no Japão como "Escritórios da Promotoria Pública" corresponde ao nosso "Ministério Público". O órgão consiste em um Escritório Supremo da Promotoria Pública — encabeçado pelo Procurador-Geral —, oito Altos Escritórios, cinquenta Escritórios Distritais (dentre os quais o citado, de Kobe) e mais de quatrocentos Escritórios Locais.

em um ramo do Ministério da Justiça japonês —, o "paraíso dos promotores" (JOHNSON, 2001, p. 21); outros historiadores vão mais longe nessa colocação, considerando-o o paraíso dos promotores que "gostam de 'brincar de Deus'" (JOHNSON, 2001, p. 3). As prerrogativas de que dispõem os procuradores de lá para a dedução da pretensão punitiva estatal, muito embora se digam pretender respeitar as máximas teleológicas e as fórmulas liberais que vimos e que com efeito, no ocidente, enxergamos como arrimo normativo fundamental para um forte direito ao silêncio, têm por fito um espantalho destes ditames principiológicos. Aqui, o leitor terá de se desvencilhar da "tirania dos slogans" a que refere Moro (2006, s/n), no trabalho a que já fizemos referência quando apresentamos a definição da garantia ao silêncio: os conteúdos de consciência — entendemo-lo hoje, ao arrepio da corrente Kantianista — apresentam-se-nos, é verdade, como algo em si; existem em si, e de per si, e não *são*, desta forma, somente a matéria (sobre si) que nos é informe. De qualquer modo, o modo pelo qual se *revela* ou apresenta à consciência do interlocutor — mesmo o que não é indivíduo, mas coletividade! — forçosamente é filtrado; cada fibra da peneira, uma apetência, uma morigeração, ou um erro. Sobre *doxa* e *episteme*, conhecimento subjetivo e objetivo, bem como sobre o problema gnoseológico ao todo, não mais discorreremos neste trabalho; é importante, contudo, lembrarmo-nos de que a carga de sentido que carrega uma coisa — mormente um princípio jurídico geral — apresenta-se de maneira desigual aos desiguais homens, aos desiguais tempos, aos desiguais povos[49].

Nossa garantia fundamental não constituiu exceção a este processo. Já alguns anos após a saída dos americanos, era claro que o direito ao silêncio era perfilhado pelos japoneses, de maneira geral (GEORGE apud FOOTE, 1991, p. 428). É difícil precisar, porém, em que medida o espírito original do *nemo tenetur* se não deformou na consciência coletiva destes. Yokonawa, um ex-juiz, certa vez, comentando sobre a questão da interpretação do art. 198 do Código de Processo Criminal — que dá aos promotores e policiais o direito de chamar um suspeito a interrogatório, quando necessário para a investigação, "contanto, porém, que o suspeito possa, *exceto quando estiver sob custódia*, recusar-se a comparecer ou, tendo comparecido, sair a qualquer hora" [50]; a questão que a doutrina japonesa põe sobre ele é se a parte que grifamos dita, em outras palavras, que o suspeito não pode se recusar a deixar o local em que está (podendo, sem embargo, recusar-se a ser submetido ao interrogatório), ou se, em consonância com a opinião que predomina dentre os juristas, não pode recusar-se a ser submetido a interrogatório[51] —, já assertou que:

[49] Pelo que estamos de acordo com Moro na censura que dirige à invocação acrítica que amiúde é feita, pelos juristas, de princípios como meros slogans. "Frases curtas ganharam vida própria. Estas frases eclipsaram os objetivos da doutrina que elas pretendiam descrever e mesmo os textos que abrangiam tais doutrinas. As frases e imagens que elas evocam — como as frases soam — formaram a lei." Ignorar as apetências e os contextos mundanos, a vontade psicológico-empírica dos legisladores, bem como qualquer faceta sem a qual um fenômeno ôntico — como o direito ao silêncio — não pode ser compreendido, atendendo somente ao estudo da literalidade — a literalidade, aliás, de um conteúdo tão "geral", e portanto, escasso de determinação de sentido, como é o conteúdo de um princípio geral de direito —, é torpecer a discussão dogmática ao redor do que mais a reclama, e, nos casos mais graves, perpetuar um erro para todas as gerações futuras.

[50] Ver CPCrim, nota [40] supra, art. 198, primeiro parágrafo. Grifo nosso.

[51] Da leitura do texto da lei, e se tivermos, ao fundo da mente, a imagem do direito ao silêncio, enquanto preconizado pelos americanos, parece-nos claro que a intenção do legislador (quasi-americano) com essa disposição legal foi assegurar ao indivíduo o direito de não ser submetido a

> mesmo se fôssemos interpretar o que [o artigo] prevê [...] como se asseverasse que suspeitos em custódia não têm o dever de se submeter a interrogatório, como Hirano propõe, o suspeito médio não poderia apenas dizer 'eu não quero ser interrogado hoje, então, estou de saída'. Estudantes, bem como outras pessoas mais educadas, sabem sobre o direito ao silêncio e conseguem manter seu mutismo a despeito de tudo, mas outros suspeitos são facilmente tentados a pôr-se a falar.[52] (FOOTE, 1991, p. 466).

De outro lado, e no mesmo sentido, vemos insurgir-se a reação pública japonesa ao redor das persecuções penais que ganham publicidade midiática. Daniel H. Foote, docente, desde 2000, na Universidade de Tóquio, e também outra insigne voz do direito comparado japonês, observou que:

> a expectativa do povo é a de que o suspeito confessará. Se ele continua a negar o crime, ou fica em silêncio, o interesse passa a ser quanto tempo levará para que a polícia ou os promotores consigam, afinal, obter uma confissão.[53] (FOOTE, 1991, p. 466).

Mais do que a taxa de condenação, deve assustar, a qualquer de nós, o número de casos em que o suspeito confessa o crime (em seu inteiro teor, diga-se): gira ao redor de 93% (JOHNSON, 2001, p. 267). A razão por trás de que tantos populares acabem por trair a si mesmos ante o Estado-juiz há de ser mais do que uma mera tendência de submissão à autoridade; mais ainda, com efeito, do que uma ignorância, de raiz histórica, da garantia ao silêncio. Deve residir também no fato de que, seja lá de onde vêm essas tantas confissões, há quem as aceite como prova idônea. Mas antes de tratarmos da jurisprudência, é necessário perscrutar o próprio arcabouço legal que tem a ver com a obtenção de confissões, e, desta forma, entender como o direito ao silêncio é visto já pelo *legislador* japonês.

A início, é necessário familiarizar-nos com uma ideia: a promotoria e a polícia japonesa atuam em harmonia bem desconhecida a nós, em consonância com o espírito do art. 192 do Código Processual[54]. O promotor japonês pode "guiar [a polícia judiciária] com instruções gerais" [55] ou "ordens" [56], e mesmo, sempre que "achá-lo necessário", investigar a ocorrência de um delito por si próprio[57], inclusive se valendo de ajuda da

interrogatório quando assim não desejar. Veremos adiante que a interpretação "coercitivista" é, em boa verdade, arrimo essencial para a atual praxe dos persecutores japoneses; é devido a isso que se perpetuou.

[52] Texto original, em inglês: "Even if you interpreted the proviso [...] as saying that suspects in custody have no duty to submit to questioning, as Professor Hirano proposes, the ordinary suspect just couldn't say, "I don't want to be questioned today, so I'm leaving". Students and some other highly educated suspects know about the right to silence and can maintain silence throughout, but other suspects are easily lured into talking."

[53] Texto original, em inglês: "the popular expectation is that he or she will confess. If the suspect continues to deny the crime or seeks to remain silent, interest turns to how long it will take the police and prosecutors to break the suspect down and obtain a confession."

[54] Ver CPCrim, nota [40] supra, art. 192. Texto original do artigo, em inglês: "There shall be mutual cooperation and coordination on the part of public prosecutors and the Prefectural Public Safety Comission and judicial police officials regarding the investigation." A respeito da diferença para a cooperação entre promotoria e polícia judicial no Brasil, ver TOURINHO FILHO, 2010, especialmente p. 343 e seguintes.

[55] Ver CPCrim, nota 40 supra, art. 193, primeiro e quarto parágrafos.

[56] Ver CPCrim, nota 40 supra, art. 193, segundo e quarto parágrafos.

[57] Ver CPCrim, nota 40 supra, art. 191, primeiro parágrafo.

autoridade policial[58]. O promotor, de acordo, e para o regular prosseguimento da investigação, tem também o poder de deter o suspeito, com mandado da autoridade judiciária[59]. Essa atividade, no Japão, é corriqueira. Mas quais seriam os parâmetros legais da fase extraprocessual da persecução penal e da colheita de provas que subjaz à investigação? Efetuada a prisão pelo persecutor, com mandado ou em flagrante — ou em "pseudo-flagrante" [60] —, este dispõe de 48 horas antes de, conforme o caso, entregar o suspeito no escritório de promotoria pública (se a prisão foi feita pela autoridade policial), ou fazer a denúncia ou pedir que a custódia do suspeito seja estendida[61] (se promotor público, e se tal for necessário para o melhor convencimento do promotor[62], ou para o achamento da justa causa). Se o executor da prisão foi autoridade policial, quando o suspeito é remetido ao promotor público, este pode, ainda, manter o suspeito sob custódia por adicionais 24 horas[63] — totalizando 72 horas, portanto.

Há o que se falar sobre a hipótese em que o promotor pede que a custódia do suspeito seja estendida. O código adjetivo chama o magistrado a conceder o mandado de custódia adicional *incontinenti*, exceto quando julgar não haver justa causa para a prisão, ou quando entender que a demora do titular da ação penal não se justifica em "circunstâncias inevitáveis" [64]. Se este não for o caso, chama, ao invés, o julgador a pôr o suspeito em liberdade imediatamente. Embora da parva leitura essas regulações não soem como abusivas, o conhecimento empírico da sua aplicação nos mostra outro lado: a promotoria requer esse tempo adicional de custódia para mais de 85% dos suspeitos sob custódia, e os juízes o concedem quase 99,9% das vezes (FOOTE, 1991, p. 430). Nesse caso, o tempo de custódia — e ainda estamos na fase pré-processual — já totaliza 13 dias. Mas o Código dá, ainda, a possibilidade de que este prazo se estenda de novo[65]. Mais uma vez, vemos o requisito da constatação de "circunstâncias inevitáveis" que justifiquem a demora; mas também mais uma vez, os números empíricos nos mostram tratar-se quase que de letra morta: os promotores requerem tal prazo adicional para mais de um terço dos suspeitos presos, ao que os juízes aquiescem em quase 99,9% das vezes (FOOTE, 1991, p. 431). Com efeito, pode-se dizer que pedir por retenção adicional do suspeito é, quase sempre, igual a obtê-la. Totalizam-se, assim, 23 dias de custódia.

Já vimos, perfunctoriamente, a discussão a respeito do artigo 198 do Código Processual — e que o entendimento que predomina, e se faz valer na praxe jurídica, é o de que o suspeito sob custódia não pode negar-se a ser submetido a interrogatório. Pode, sem embargo, manter-se calado, direito do qual é avisado ao menos ao início da investigação, como prevê o próprio artigo 198; indaga-se, porém, até que medida este direito é *materialmente* válido ante à praxe. Em primeiro lugar, o interrogatório pode se

[58] Ver CPCrim, nota [40] supra, art. 193, terceiro e quarto parágrafos.
[59] Exceto nos casos de flagrância. Sobre a configuração do estado de flagrância, ver as observações feitas à nota [40] supra. No caso de crimes mais leves, equivalentes às nossas "contravenções", a restrição da liberdade — seja a do criminoso flagrante ou quando houver mandado — exige requisitos especiais; ver CPCrim, à mesma nota, artigos 199, primeiro parágrafo, segunda parte, e 217.
[60] Ver comentários à nota [40] supra.
[61] Ver CPCrim, nota [40] supra, artigos 203 e 204.
[62] Que tem discricionariedade para denunciar ou para não fazê-lo. É o ditame do princípio da monopolização da persecução e do princípio da persecução discricionária, previstos nos artigos 247 e 248 do CPCrim, nota 40 supra.
[63] Ver CPCrim, nota 40 supra, art. 205.
[64] Ver CPCrim, nota 40 supra, artigos 207, quarto parágrafo.
[65] Ver CPCrim, nota 40 supra, art. 208, segundo parágrafo.

dar a qualquer hora do dia, por quantas horas bem aprouver aos promotores[66], que buscam sempre com afã a mais completa confissão — proto-confissão, em verdade, pois a confissão final pode ser confeccionada pelos próprios promotores, aos moldes do necessário para a imputação do crime ao suspeito de acordo com os elementos do direito substantivo. Não há exigência legal de que todas as confissões sejam gravadas (JOHNSON, 2015, s/n), nem tampouco há limite de tempo para a dita confecção da confissão. Mesmo uma confissão preparada um mês depois da confissão factual que a deu azo já chegou a ser aceita pela Justiça japonesa (FOOTE, 1991, p. 454). Absolvições representam uma desgraça para a procuradoria (JOHNSON, 2001, p. 238; FOOTE, 1991, p. 472): de um lado, acusados que chegam a ser absolvidos têm direito a indenização do Estado, como prevê o artigo 40 da Constituição; de outro lado, e o que é mais relevante, os japoneses têm uma forte reprovação histórica por "falsas" persecuções penais — por mais irônico que, a primeiro momento, isso pareça. Desde a era tokugawa, absolvições eram vistas como desgraças por degastar a confiança pública nas autoridades (FOOTE, 1991, p. 471). É que com "falsas" se entendem as ações penais que findem em absolvição, e não em uma condenação errônea: entendem que os promotores "só deveriam denunciar as pessoas quando suas suspeitas estiverem 'completamente confirmadas'", ou mesmo "'mais do que completamente'" (FOOTE, 1991, p. 472).

> Quando absolvições ocorrem, a mídia e o público amiúde põem-se a admoestar os promotores, devido ao 'grande estigma que resulta, para os acusados, da instauração da ação, da acusação inicial'. A prudência ministerial reflete o fato social de que 'o estigma que surge quando da instauração da ação — mesmo se o acusado não for preso [provisoriamente] — é mais sério do que a penúria de ficar sob custódia por vários dias. (JOHNSON, 2001, p. 238) [67].

Mais do que o prolongamento dos interrogatórios, outro fator entra em cena contra a materialidade do direito ao silêncio. O artigo 39 do Código de Processo Criminal dá à promotoria o direito de restringir o número de vezes e a data em que o suspeito pode entrar em contato com o seu defensor, "quando necessário para a investigação". Das estimativas que vemos em Foote citando Bayley (1991) e em Abe (1956), que ao mais concordam entre si, deduzimos, em média, uma prática de permitir cerca de três visitas, de cerca de 15 minutos cada, ao longo daqueles 23 dias. É claro, aliás, que isto só tem relevância para aqueles que têm defensor constituído — como vimos, o direito a um defensor nomeado só surge, para os não-possidentes, após a instauração do processo. Em adição e a arremate, o artigo 81 permite estender aquela proibição a qualquer pessoa — mesmo aos visitantes íntimos, a quem tanta importância dispensamos em nosso país —, mediante autorização judicial. Não há limite de tempo para esta proibição.

Assim, o indivíduo encontra reais oposições à sua garantia ao silêncio na prática criminal japonesa. É de se imaginar quão tenaz há de ser aquele que pretender exercer seu direito constitucional ao longo de 23 dias de interrogatórios a qualquer hora e por

[66] Ver geralmente FOOTE, 1991, esp. p. 431 e JOHNSON, 2001, esp. p. 253.

[67] Texto original, em inglês: "When acquittals occur, the media and public routinely condemn prosecutors because of the 'huge stigma for defendants that results from the initial indictment'. Prosecutor prudence reflects the social fact that 'the stigma imposed by being indicted — even without being confined — is more serious than the burden resulting from being confined for several days'."

tantas horas seguidas quanto for necessário para que finalmente confesse, incerto de seu futuro, desprovido de contato com o mundo externo, e ao desprazer do respeito à autoridade que lhe é natural. Para vencer a esta última característica — o respeito à autoridade —, aliás, teria de ser até, com efeito, deveras revoltadiço, cínico; assim que não só a exaustão mental e o temor pela sua própria segurança, como também a pressão social e o medo de que seja visto como um "caso perdido" certamente hão de compungir-lhe, e fazer com que admita ao que os promotores querem ouvir[68]. Por um lado, bem parece que, de fato, o sistema criminal japonês acaba por levar menos inocentes a julgamento (JOHNSON, 2015, s/n) — o grande temor dos procuradores —, vez que os procuradores japoneses sabem do grande poder que têm, e não submetem qualquer suspeito a toda essa busca por confissões. Nos casos em que o sujeito não faça jus, aos olhos dos procuradores, a uma punição — com vista ao caráter, idade e circunstâncias do agente, bem como à gravidade da ofensa e à situação e circunstâncias depois da ofensa —, a persecução penal será "suspensa" [69] — leia-se encerrada —: em 2015, a maioria (56,29%) dos casos foram dispostos desta maneira[70]. A questão é se os inocentes que chegam a ser julgados têm alguma chance de ter a sua inocência reconhecida, ou se o seu julgamento é realizado, fatualmente, quando o promotor toma sua decisão entre suspender ou denunciar. O segundo entendimento foi precisamente o que certa vez assertou Takeo Ishimatsu, um ex-desembargador criminal do Tribunal de Osaka — somando ainda que os julgamentos, no Japão, não seriam mais do que meras "cascas vazias"; segundo ele, ainda, o processo criminal dirigido nesses moldes "tende a levar a flagrantes ofensas aos direitos humanos" [71] (JOHNSON, 2001, p. 7). Da mesma maneira Hirano Ryuichi, antigo presidente da Universidade de Tóquio e reitor dos estudos do direito penal japonês, sustenta que a diferença do processo criminal nipônico e o que de fato o torna único é a sua natureza "inquisitorial" e o seu "domínio pela polícia e pelos promotores".

> Da mesma maneira que Ishimatsu, Hirano vê os julgamentos como meras 'cerimônias' de 'ratificação' das decisões ministeriais, e chega à conclusão profundamente pessimista de que a justiça criminal japonesa é 'anormal', 'doente' e 'essencialmente, um caso perdido'[72]. (JOHNSON, 2001, p. 7).

Há também dentre os promotores aqueles que discordam da atual situação das coisas. Não têm, porém, bons augúrios:

> Quanto menos absolvições houverem, mais atenção e críticas hão de receber as absolvições porvindouras, e nos tornaremos cada vez e sempre mais e mais cuidadosos, e fitados em que não mais aconteçam. É um círculo vicioso. Não percebe? E deste modo é natural que a taxa de absolvições esteja a diminuir

[68] No que sou seguido por Foote (1991, p. 466).
[69] Vide nota [62] supra. "Suspenso", no contexto legal japonês, nada tem a ver com a "suspensão do processo" do direito brasileiro. É literal *interrupção*, *fim* da persecução do Estado.
[70] Ver *White paper on crime*, nota 47 supra.
[71] Em inglês: "empty shells"; "tends to lead to egregious trampling of human rights".
[72] Em inglês: "an inquisitorial investigative process that is dominated by police and prosecutors"; "Like Ishimatsu, Hirano regards trials as mere "cerimonies" for "ratifying" prosecutors' decisions, and arrives at the profoundly pessimistic conclusion that Japanese criminal justice is 'abnormal', 'diseased' and 'really quite hopeless'".

> mais ainda com o tempo. Mas isso não é uma coisa boa[73]. (JOHNSON, 2001, p. 242).

Com este pano de fundo, tratemos agora da visão da *jurisprudência* a respeito do *nemo tenetur*.

Vimos que a Constituição japonesa, nascida do pós-guerra, veda a admissão em juízo de confissões obtidas mediante tortura. Também não podem ser admitidas, na letra da Constituição, as obtidas sob "compulsão, [...] ameaça, ou após prolongada detenção" [74]. Como então podem os suspeitos japoneses ser condenados com base[75] em confissões obtidas após tão longos períodos? A resposta — ao menos para os juízes — é mais simples do que aparenta. As cortes não têm aplicado essa regra para detenções legais, isto é, de acordo com os parâmetros que a legislação prevê. Em um caso, a Corte Suprema do Japão manteve mesmo uma confissão obtida após mais de seis meses de detenção — somando-se a detenção na fase processual —, vez que esta era legal (FOOTE, 1991, p. 456). Destarte, basta uma interpretação kelseniana fria da lei para vencer o argumento de que uma confissão obtida após 23 dias de interrogatório desobedece ao limite constitucional.

Isso não é, todavia, senão uma "concordância negativa" kantiana com a praxe da busca de confissões; a "concordância positiva" da jurisprudência aparece a nós através da observação e interpretação dos casos em que os juízes japoneses *excluem* as confissões. Nos casos-fronteira em que chegam a fazê-lo, têm seu fito essencialmente no âmbito da fidelidade da substância da confissão — forçosamente consigo mesma; a "não-contradição" —, e não no da reprovabilidade (ou não) dos métodos pelos quais fora obtida. Ilustrá-lo-emos com três casos providos por Foote (1991, 459-460).

No primeiro caso, a corte distrital descobriu condições que fazem questionar a legalidade de todo o processo investigativo: o réu, que não era dos mais sãos, psicológica e fisicamente, foi interrogado por mais de três dias inteiros, sem dormir — inclusive, em um ponto da investigação, numa cela fria e com pouca roupa que o protegesse.

No segundo caso, a corte que julgava a apelação do réu aparentemente aquiesceu aos reclames de que a este não teria sido dada comida suficiente, e de que fora submetido a interrogatório a despeito da hora do dia — se era dia ou se era noite —; achou, de acordo, "fortes indicadores de que o acusado simplesmente disse o que ele achou que seria do agrado dos investigadores" [76]. O acusado, ademais, ficou sob custódia por quase 5 meses, somando-se o tempo que passou preso esperando

---

[73] Em inglês: "The fewer acquittals there are, the more attention and criticism each acquittal gets, and the more careful we become to avoid acquittals in the future. It's a vicious circle. Don't you see? In this way it is natural that the acquittal rate is declining over time. But it is not a good thing."

[74] Vide CONSTITUIÇÃO, nota [33] supra, art. 38.

[75] Ninguém pode ser condenado com base só em uma confissão. Mas dar peso absolutamente primordial a uma confissão, no contexto de um conjunto probatório, é trivial no processo japonês. Com efeito, não se pode dizer que *só* de uma confissão resultou uma condenação; é-nos lícito, todavia, afirmar que condenações podem resultar de confissões, visto que, em muitas delas, se as confissões que lhes subjazem não tivesse sido obtidas, o resultado último não teria sido a condenação. Também apontam para um papel central das confissões no direito criminal japonês Foote, 1991, p. 455, e David apud Johnson, 2015, s/n (apontando que uma confissão fazia parte do conjunto probatório de que se valeu a promotoria em 84% das condenações posteriormente revertidas entre 1945 e 1991 no Japão).

[76] Texto original, em inglês: "strong indicators that he had simply said what he thought would please the investigators."

julgamento por outro crime — custódia essa que, para os juízes, à maneira que já expendemos, não invalida a confissão, vez que a detenção era legal.

Em um terceiro caso, os julgadores se depararam, no julgamento de uma apelação, com custódia ilegal, interrogatórios feitos noite adentro, influência por parte do colega de cela do acusado — que estava espionando para a polícia —, e até indícios de "cutucões" vindos dos investigadores e induzimento de partes da confissão.

Em todos os três casos, as confissões dos réus foram excluídas por decisão dos magistrados. Nenhures, porém, tiveram por arrimo as perniciosíssimas condições em que foram obtidas as confissões; ao contrário, em todos e em cada um dos casos, os julgadores optaram por descartá-las, após minucioso exame, em virtude do fato de que eram contraditórias, ou em geral de pouca verossimilhança. O que é de todo reprovável, certamente. A mensagem que tal prática passa aos persecutores daquele direito não pode ser outra que não a de que nunca devem esforçar-se por obter as confissões menos viciadas, corolários da pura razão do acusado; as que melhor expressem a realidade, com efeito. De muito vária maneira, devem ter ao canto dos olhos a preocupação com o achamento da verdade real: "arranquem do réu a mais completa confissão, e ignoraremos as condições em que o fizeram; *stat pro ratione ius puniendi"*. Assim que também a jurisprudência conceitua, coletivamente e de maneira latente, o *nemo tenetur* de maneira muito diferente de nós.

Completamos, assim, o triumvirato povo-lei (*law on books*)-jurisprudência (*law on action*) que interessa à análise empírico-normativa deste trabalho. A idiossincrasia japonesa para com o direito ao silêncio decerto tem muito que ver também com as noções que os japoneses têm do princípio da presunção de inocência, do *in dubio pro reo* e mesmo do próprio processo acusatório. Mais amplo ainda é o pano de fundo histórico-sociológico a que por sua vez subjaz e que nos permite compreender — não justificar, mas compreender — aquela idiossincrasia, o qual esperamos ter, na medida do possível e dentro do limitado escopo deste escrito, expendido bem ao leitor.

4 CONCLUSÃO

O direito ao silêncio, no direito japonês, tem seu cariz próprio. Diferentemente do brasileiro, ou do de outro país de herança europeia — cujo trato no mais das vezes não há de surpreender em demasia ao jurista ocidental —, não impõe, fundamentalmente, óbice a uma praxe de busca de confissões através de longos interrogatórios, ao longo de vários dias e várias noites, e que por sua vez terão papel central no conjunto probatório da acusação, alimentando e perpetuando, em sua maior parte, a taxa de condenação de mais de 99,9%[77] do Japão: um processo com inegável carga inquisitorial, que levou figuras tão importantes quanto o ex-desembargador Ishimatsu e o antigo presidente da Universidade de Tóquio, Hirano, a assertar, como vimos, que os julgamentos nas cortes japonesas não passam de meras "cascas vazias", ante ao "domínio [do processo criminal] pela polícia e pelos procuradores" [78] (JOHNSON, 2001, p. 7). Quando condenados à morte têm sua condenação revertida após anos a aguardar seu fado no corredor da morte, a polemização amiúde leva a mídia

[77] Vide nota 47 supra.
[78] Texto original, em inglês, às notas 71 e 72 supra.

e o público nipônicos a discutir o respeito aos direitos humanos; assim que investigações de novos crimes tomam proporções midiáticas, todavia, voltam todos a discutir as mais avançadas técnicas de investigação a ser empregadas na consecução da confissão do suspeito (FOOTE, 1991, p. 467-468) — de quem espera-se sempre a confissão —, e quanto tempo levarão os procuradores para finalmente e de pronto vencer a sua resistência e conseguir a tão perseguida confissão (FOOTE, 1991, p. 466). A imagem de "terra prometida do *pro societate*" que resulta dessa compreensão não é injusta, em essência[79]: é forçosa a conclusão de que, a algum grau, os japoneses deram primazia à justiça que há em não deixar um culpado impune, em prejuízo da justiça que há em não condenar um inocente. Com o que, aliás, não implica-se um juízo valorativo; uma discussão política de tal arte teria pertinência em um tratado político, não em uma exposição juscientífica. Aos legisladores e a quem lhes precede no tempo — o povo — é que interessa a "política jurídica", que, "como conformação intencional da ordem social, se dirige à realização de [...] valores, especialmente da justiça" — e de como alcançá-la (KELSEN apud LARENZ, 1997, p. 107). Uma exposição empírica e fatual do *modus operandi* do direito nipônico pode, sim, todavia — e é essa a ambição deste escrito —, circunspetar as principais razões por trás da tão enigmática proporção de condenações da justiça criminal japonesa, dissipando quiproquós no *ethos* jurídico e contribuindo para ele com o bom conhecimento.

REFERÊNCIAS

ABE, Haruo. **Self-incrimination - Japan and the United States.** The Journal of Criminal Law and Criminology, Evanston, v. 46. n. 5. p. 613-631, 1956. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol46/iss5/2> Acesso em: 15 out. 2017.

AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ALBANO, Wladimyr Mattos. **Os tratados internacionais sobre direitos humanos, o direito a não auto-incriminação, as declarações tributárias obrigatórias e os crimes contra a ordem tributária.** Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. 78. s/n, jul. 2010. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/8049.pdf> Acesso em: 25 out. 2017.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Codigo Philippino ou ordenações e leis do Reino de Portugal.** 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. p. 1309.

[79] O tratamento dispensado aos condenados no Japão, por outro lado, é excepcionalmente leniente. A maioria dos presos tem a pena suspensa; ver *White paper on crime*, nota [47] supra. Para uma exposição sociológico-empírica da leniência própria à execução da pena japonesa, ver geralmente FOOTE, 1992. Aos poucos (proporcional e comparativamente) que chegam a ser presos, porém, é reservado um "regime espartano" de disciplina, com longas horas de trabalho, muito diferente do que é encontrado no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. Ao que se contrapõem, também, as próprias mazelas de raíz paupérico-fática do nosso sistema.

Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733> Acesso em: 25 out. 2017.

ANDRADE, José Maria de. **Regimento da proscripta Inquisição de Portugal.** Coimbra: Impr. da Universidade, 1821. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=y5JSAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 21 ago. 2017.

BOLITHO, Harold. **Treasures among men.** New Haven: Yale University, 1974.

BORTON, Hugh. **Japan's modern century.** New York: Ronald, 1955.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Publicado em: 13/10/1941 (retificado em: 24/10/1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal do Distrito Federal. Decreto n.º 16.751, de 31 de dezembro de 1924. Publicado em: 5/2/1925 (retificado em: 7/2/1925). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16751-31-dezembro-1924-506202-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Politica do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Publicada em: 22/04/1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Publicada em: 5/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Lei n.º 10.792, de 1 de dezembro de 2003. Publicada em: 2/12/2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm> Acesso em: 30 jan. 2018.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

COSTA, Philomeno Joaquim da. **O silêncio nos negócios jurídicos.** Doutrinas Essenciais de Direito Civil, São Paulo, v. 4. p. 483-514, out. 2010.

DANDO, Shigemitsu. **Japanese criminal procedure.** South Hackensack: F. B. Rothman, 1965.

FOOTE, Daniel H. **Confessions and the right to silence in Japan.** Georgia Journal of International and Comparative Law, Athens, v. 21. n. 3. p. 415-488, jan. 1991.

Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol21/iss3/6> Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **The benevolent paternalism of japanese criminal justice.** California Law Review, Berkeley, v. 80. n. 2. p. 317-390, mar. 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1784&context=californialawreview> Acesso em: 29 jan. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** v. 2. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas.** São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. **O processo em sua unidade.** São Paulo: Saraiva, 1978. p. 104.

HALEY, John Owen. **Authority without power:** law and the japanese paradox. New York: Oxford University, 1994.

ISHII, Ryosuke. **Nihon hoseishi gaisetsu.** Tokyo: Kobundo, 1948.

JAPÃO. Código de Processo Criminal. *Act* n.º 131, de 10 de julho de 1948. Disponível em: <www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2283&vm=04&re=02> Acesso em: 30 jan. 2018.

JAPÃO. Constituição (1946). Constituição do Japão. Disponível em: <japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html> Acesso em: 30 jan. 2018.

JAPÃO. Regras para o Processo Criminal. Regramento n.º 32, de 1 de dezembro de 1948. Disponível em: <www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main&id=1979> Acesso em: 30 jan. 2018.

JOHNSON, David T. **The japanese way of justice:** prosecuting crime in Japan. New York: Oxford University, 2001.

_____. **Wrongful convictions and the culture of denial in Japanese criminal justice.** The Asia-Pacific Journal, [S.l.], v. 13. n. 5. s/n, 9 fev. 2015. Disponível em: <apjjf.org/2015/13/6/David-T.-Johnson/4273.html> Acesso em: 29 jan. 2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. **Interpretação dos negócios jurídicos - a "causa curiana" e o artigo 85 do Código Civil brasileiro.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 648. p. 21-26, out. 1989.

MELLO, Baptista de. **O silêncio no Direito.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 751. p.

731-743, maio 1998.

MITCHELL, Richard H. **Janus-faced justice:** political criminals in imperial Japan. Honolulu: University of Hawai'i, 1992.

MORO, Sergio Fernando. **Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 853. p. 429-441, nov. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal.** 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEN, Ruben George. **O nacional e o regional na construção da identidade brasileira.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v.1. n.2. p. 68-74, out. 1986. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_02/rbcs02_07.htm> Acesso em: 31 ago. 2017.

PECK, Harry Thurston. **Harper's Dictionary of Classical Antiquities:** Harpocrates. New York: Harper & Brothers**,** 1898**.** Disponível em: <http://www.chlt.org/sandbox/perseus/harper/page.4943.a.php> Acesso em: 11 mar. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.** Revista Jurídica da Faculdade Dom Bosco, Curitiba, v. 2. n. 1. p. 20-33, 2008. Disponível em: <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/3ª edição completa.pdf> Acesso em: 25 out. 2017.

PORT, Kenneth L. **The japanese international law 'revolution':** international human rights law and its impact in Japan. Stanford Journal of International Law, St. Paul, v. 28. p. 139-172, 1991. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1717011> Acesso em: 10 out. 2017.

REYNOLDS, Bruce. **Japan in the fascist era.** New York: Palgrave Macmillian, 2004.

ROBERTS, Luke S. **Performing the great peace:** political space and open secrets in tokugawa Japan. Honolulu: University of Hawai'i, 2012.

ROSSETTO, Enio Luiz. **A confissão no processo penal.** São Paulo: Atlas, 2001.

SCHMIDT, Petra. **Capital punishment in Japan.** Leiden: Brill, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VARGAS, Getúlio. **As diretrizes da nova política do Brasil.** Rio de Janeiro: José Olímpio, 1942.

YOKOYAMA, Márcia Cáceres Dias. **O direito ao silêncio no interrogatório.** Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040519.pdf> Acesso em: 12 jul. 2017.

ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. **O direito ao silêncio:** evolução histórica do Talmud aos pactos e declarações internacionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 48. p. 133-157, 2004.