

Direitos e Liberdades Constitucionais no Japão^{1,2}

Traduzido por Jesus Tupã Silveira Gomes

A Constituição impõe o respeito ao indivíduo (art. 13), e determina que os direitos humanos fundamentais por ela garantidos devem ser resguardados como “eternos e invioláveis” (art. 11). Estes dispositivos relativos à natureza dos direitos humanos e ao respeito ao indivíduo claramente diferenciam a presente Constituição da Constituição Meiji, na qual estes direitos eram meramente conferidos ao povo pelo Estado todo-poderoso.

Direitos Humanos Fundamentais

A Constituição repudia a noção de que os direitos humanos são resultado da existência do Estado ou do seu reconhecimento constitucional, e afirma que o valor básico mais alto reside no ser humano individualmente considerado. Em outras palavras, os direitos humanos fundamentais são direitos absolutos do indivíduo, bem como um legado reconhecido pela história. Os dispositivos acima mencionados refletem o conceito de direitos humanos fundamentais, que são o princípio primordial do direito constitucional moderno.

Sob a interpretação prevalecente, os direitos humanos fundamentais incluem o direito de postular direitos adicionais. Desde que a Constituição foi construída, mudanças dramáticas modificaram a sociedade, assim como o rápido progresso tecnológico transformou a produção e o consumo. Daí derivaram problemas que os construtores da Constituição não poderiam ter antecipado, criando a necessidade de reconhecimento de novos direitos dirigidos à solução de tais problemas.

Por exemplo, a progressiva degradação do meio ambiente por várias formas de poluição e o fim da relação entre o ser humano e a natureza geraram questões para o estabelecimento

¹ Tradução livre e versão para divulgação acadêmica da obra *Constitutional Rights and Freedoms. About Japan Series: Japan's Constitution and Civil Law*. 2 tir. n. 20. Foreign Press Center: Tokyo, 1999, p. 19-31. A publicação original tem por objetivo informar ao jornalista estrangeiro, sem adentrar profundamente no sistema jurídico japonês, sobre aspectos básicos do direito daquele país. Para mais informações, visite o site www.nttl.co.jp/fpc.

² Tradução realizada por Jesus Tupã Silveira Gomes, Mestrando em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

de um “direito ao ambiente” para proteger a saúde e o meio-ambiente do povo, baseado nos “direitos à vida, liberdade e perseguição da felicidade” garantidos no art. 13 e o “direito de manter os padrões mínimos de saúde e vida cultural” garantido pelo art. 25.

O crescente poder do Estado tornou o indivíduo incrivelmente vulnerável a violações de privacidade. Embora a Constituição proteja o sigilo das comunicações, a inviolabilidade de domicílio e o direito de permanecer em silêncio, estes dispositivos não são mais suficientes para cobrir todas as situações. Neste passo, foram necessárias várias construções jurídicas até o reconhecimento de um “direito à privacidade”, com base no artigo 13.

Novamente, em uma época em que o governo e a mídia de massa controlam enormes quantidades de informação, existe o perigo de sejam negadas ao povo as informações de que este necessita. Cresce a base para o reconhecimento do “direito à informação” (liberdade de informação) como uma extensão do art. 21, que garante liberdade de expressão e proíbe a censura. Algumas pessoas, citando o artigo 25, também postulam a inclusão do “direito ao relaxamento” ou “direito à recreação” dentro do esquema dos direitos fundamentais.

Novas liberdades, como o direito à privacidade e o direito à informação, foram estabelecidas com algum alcance por meio de precedentes judiciais, mas o processo está incompleto, e os conceitos não foram ainda claramente definidos. Assumindo, entretanto que tais direitos são essenciais, este reconhecimento não poderá permanecer por muito tempo sem a força vinculativa do direito positivado, de acordo com as garantias internacionais dos direitos humanos.

Direitos Gerais

O artigo 13 da Constituição determina que “toda a pessoa deve ser respeitada enquanto indivíduo”, indicando que o valor último reside no indivíduo conforme entendido dentro da estrutura do conceito moderno de direito natural, e que o respeito ao indivíduo não pode ser subordinado aos interesses do Estado ou de qualquer outra entidade. O respeito ao indivíduo é o princípio que norteia todos os direitos garantidos pela Constituição; de fato, ele é a premissa dos direitos humanos fundamentais.

Este artigo também garante ao povo “seus direitos a vida, liberdade e busca da felicidade”. Desde que a definição precisa de “felicidade” é uma questão individual, o direito de buscar a felicidade pode ser pensado como o direito de tomar suas próprias decisões em questões pessoais enquanto estas afetam a própria felicidade individual, sem interferência do governo. Não há consenso, entretanto, quanto ao alcance deste “direito de decidir”. Os seres humanos tomam decisões em um amplo plano de questões, desde suas vestimentas e penteado até casamento, divórcio e ter ou não filhos, e mesmo em outras questões como recusar-se à realização de tratamento médico, optar pela eutanásia, ou cometer suicídio. O direito de acabar com a própria vida, por meio da eutanásia, por exemplo, é uma questão particularmente delicada, e necessita da cuidadosa ponderação dos diversos pontos de vista possíveis.

O artigo 14, par. 1, da Constituição afirma que “todas as pessoas são iguais perante a lei e não devem existir discriminações nas relações políticas, econômicas ou sociais em razão de raça, credo, sexo, status social ou origem familiar”. O princípio da equidade sublinha vários outros dispositivos, inclusive limitação do tempo de vida à duração de alguma honraria (art. 14, par. 3), concessão de direitos e deveres iguais aos cônjuges nas relações familiares (art. 24), oferecimento de iguais oportunidades de educação (art. 26), eleição de agentes oficiais através de sufrágio adulto universal (art. 15), e não discriminação na determinação dos requisitos necessários para concorrer como candidato ou para votar nas eleições da Assembléia (art. 44). Houve controvérsia quanto a se “igualdade perante a lei” significava apenas igualdade na aplicação do direito pelos órgãos estatais ou se estendia-se ao conteúdo da legislação; atualmente, esta é a interpretação de predomina.

O artigo 14, como vimos, proíbe a discriminação em diversos graus tais como raça, crença, sexo, status social e origem familiar, historicamente áreas-chave de discriminação. Discriminação em razão de raça, sexo e origem familiar, todas elas estão além do controle do indivíduo, que é julgado de acordo com “padrões estritos”, enquanto na discriminação em razão de características adquiridas de crença e posição social, este é julgado de acordo com “padrões estritamente razoáveis”. Determinar a aplicação apropriada destes padrões requer a acumulação de precedentes judiciais a partir de casos reais. Assim, a Suprema Corte tem produzido decisões muito importantes, inclusive uma declarando inconstitucional a sentença “mais inovadora do que o usual” (*heavier-than-usual*) em um caso envolvendo o homicídio de um ascendente direto (Grand Bench, 4 de abril de 1973) e outra em que a falta de distribuição proporcional dos assentos da Casa dos Representantes entre os partidos políticos (*malapportionment*) foi julgada como violadora à Constituição (Grand Bench, 14 de abril de 1976).

Liberdade de Pensamento e Consciência (*Mental Freedoms*)

O art. 19 da Constituição estabelece que a “liberdade de pensamento e consciência não será violada”. A Constituição Meiji não tinha qualquer dispositivo para estas liberdades; apenas como resultado de alguma experiência o Japão foi compelido a reconhecê-las, de acordo com as condições da Declaração de Potsdam, que impôs o estabelecimento de liberdade de expressão, religião e pensamento.

Reconhecendo que os pensamentos e crenças permanecem privados, a infração à liberdade de pensamento e consciência não se tornou um problema. Esta garantia é violada, no entanto, quando aqueles que detêm o poder interferem nas crenças do indivíduo ou coagem-no a confessá-las. As idéias são expressas publicamente sob a rubrica da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa.

O art. 19 assegura que o povo não será coagido a expressar seus pensamentos e crenças. Isto constitui um elemento da liberdade de permanecer em silêncio; a prática durante o período Edo (1600-1868) de forçar os cristãos a renunciar a suas crenças pisando em uma imagem de Jesus ou Maria seria uma de suas violações mais óbvias.

Este artigo também garante que o povo não será coagido a praticar atos que venham de encontro a suas crenças. O reconhecimento das objeções de consciência nos Estados Unidos e na Alemanha são conseqüências desta garantia.

O art. 20 garante a liberdade de religião e estabelece o princípio da separação entre religião e Estado. Liberdade de religião consiste na liberdade para professar ou não uma fé, liberdade de engajar-se em atividades religiosas, e liberdade de associação para este fim. Em todas as três áreas, o Estado deve abster-se de interferir em questões de fé religiosa individual e deve ser tolerante quanto à fé dos cidadãos.

A separação entre religião e Estado lança por terra qualquer conexão entre o governo e organizações religiosas. Esta norma está baseada no reconhecimento da tendência histórica de exercício desarrazoado da autoridade quando os poderes secular e religioso estão ligados, e para a opressão de minorias religiosas quando uma religião majoritária ou uma religião oficial encontra-se no poder. Algumas nações permitem a existência de uma religião estatal mesmo quando se ordena a separação entre religião e Estado, mas a Constituição Japonesa proíbe expressamente qualquer conexão entre religião e governo.

Na realidade, entretanto, é impossível uma separação completa, e as tentativas de realizá-la podem causar sérios problemas práticos. Por exemplo, se o governo fosse proibido de repassar verbas públicas a escolas privadas operadas por entidades religiosas, a maior parte das instituições de educação privada restaria inoperante. De acordo com esta afirmação, é necessário admitir algum grau de associação entre o governo e a religião, mesmo sob o princípio da separação.

O problema reside em determinar os critérios para permitir ou proibir tais associações. Ao julgador apresentam-se, surgem inúmeros problemas. A Suprema Corte tem aplicado o teste de finalidade-efeito desenvolvido pela Suprema Corte norte-americana. Isto é, as duas medidas são se a ação do Estado tem natureza religiosa e se sua finalidade maior é ajudar e promover, ou, contrariamente, suprimir ou interferir na religião.

A liberdade de expressão, como disposta no art. 21, é a liberdade conferida ao indivíduo para tornar públicos seus pensamentos e crenças. Estabelecida para abolir o controle estatal sobre a expressão pública que prevaleceu sob o regime da Constituição Meiji, este dispositivo garante direito humano fundamental dos mais importantes. A liberdade de expressão é a linha da vida do processo democrático. Apresenta-se vital para a expressão individual. Por isso, é apropriado que o controle de constitucionalidade seja realizado de forma especialmente rigorosa em relação a leis restritivas deste direito.

Dado que a liberdade de expressão, distintamente do que ocorre com a liberdade de pensamento, aplica-se a atividades que são essencialmente sociais e aptas a influir sobre direitos alheios, está ela sujeita a uma regulamentação mais acurada. Se os critérios para a restrição de seu exercício são vagos, esvazia-se a garantia da liberdade de expressão. Há alguns anos os tribunais têm aplicado uns poucos modelos básicos na apreciação da constitucionalidade de restrições à liberdade de expressão. Um deles é a doutrina de "pesagem" dos valores ou interesses em questão, para declarar a constitucionalidade de

restrições de direitos humanos fundamentais a partir da ponderação dos interesses jurídicos em conflito no caso concreto; outro é a regra de que as restrições à livre expressão são permitidas apenas quando a expressão em questão representa um “perigo real e imediato”. Se os dispositivos de uma lei restritiva à liberdade de expressão são ambíguos ou vagos, a lei pode ser invalidada com base na “doutrina da vagueza” (*vagueness doctrine*).

Outros padrões são as regras contra restrições prévias, que proíbem a censura de uma idéia antes que ela seja tornada pública, e o teste da “alternativa menos restritiva” (*LRA – less restrictive alternative test*), que impõe que uma lei deve ser abandonada se ocorrerem efeitos menos drásticos para o governo. Esses critérios devem ser reciprocamente considerados, e torna-se difícil determinar, freqüentemente, qual deve ter precedência. Por esta razão, os precedentes judiciais precisam reforçar a garantia de liberdade de expressão.

A liberdade de expressão aplica-se não apenas aos transmissores de idéias, mas também àqueles que são seus destinatários, para quem a situação é de defesa do direito à informação. Em uma sociedade dominada pela transmissão massificada de dados, o direito à informação tem sido visto no contexto de relativamente poucos transmissores. Mas este direito possui profundas ramificações quando encarado a partir do direito do público em geral em acessar as informações, isto é, o direito da maioria, como receptores, em aprender, ver e ler o que desejam, sem interferência por parte do governo. Desde que o povo depende da mídia de massa para a sua informação, o direito a esta implica a liberdade da mídia para buscar as notícias e para torná-las públicas.

O problema de restringir a liberdade de expressão aparece mais comumente nos seguintes casos:

Violação da honra ou da privacidade individual: Hoje, quando o papel da mídia de massa assumiu proporções gigantescas, é imperativo proteger o bom nome do indivíduo contra a veiculação de notícias difamatórias. Muitas reportagens que podem afetar o bom nome de um indivíduo podem inserir-se, igualmente, no direito público à informação. Em outras palavras, os imperativos de livre expressão e o direito à informação estão freqüentemente em conflito com a garantia de proteção à honra individual, e os tribunais vêm sendo chamados a decidir a questão.

Inúmeros princípios são utilizados para determinar, em um dado caso, se o bom nome do indivíduo toma precedência sobre o direito à informação. Um é se a pessoa sobre quem a informação é publicada é uma figura pública, como um político, um agente do governo, ou membro de uma grande organização. Em casos envolvendo tais pessoas ou problemas que tocam o interesse público, sente-se amplamente que a livre expressão prevalece sobre o caráter difamatório da notícia. O art. 230-2 do Código Penal dispõe que “quando o ato ... é cometido em alegação de fatos relativos ao interesse público e somente para a finalidade de promover o benefício do público, ele não será punido se, ao avaliar os fatos, sua veracidade é confirmada”. Esta fórmula aplica o critério do “interesse público” para resolver o conflito entre o bom nome do indivíduo e a liberdade de expressão.

Muitas vezes pode-se dizer o mesmo em relação à invasão de privacidade. O direito à privacidade é definido como o direito de não ter a vida privada tornada pública arbitrariamente, ou o direito de ficar sozinho, e recentemente algumas pessoas têm trazido uma definição mais positiva: “o direito de administrar e controlar seus próprios atos”. A questão que permanece, no entanto, é que os critérios para ponderar a invasão de privacidade contra o direito à informação são virtualmente idênticos aos usados no conflito entre honra pessoal e liberdade de expressão. Entre as decisões da Suprema Corte sobre estas questões encontra-se a julgada pelo Grand Bench em 11 de junho de 1986, em relação ao caso do *Hoppo Journal*. Os julgadores entenderam pela constitucionalidade da ordem concedida pelo tribunal contra a publicação de material acusatório, por causa das extremas dificuldades que a parte acusada teria em restabelecer seu bom nome.

Obscenidade: Restrições a expressões obscenas diferem fundamentalmente das tentativas de configurar caráter difamatório ou invasão de privacidade. A expressão obscena é restringida não com vistas a proteger os interesses individuais, mas com o objetivo de proteger os interesses mais abstratos da sociedade como um todo, em particular sua moral.

A Suprema Corte definiu obscenidade como aquela “que causa um desejo sexual profundo, e mais, ofende o senso comum de desejo, e viola os conceitos próprios de moralidade sexual” (caso do *Amante de Lady Chatterly*, Grand Bench, 3 de maio de 1957). Em outra decisão envolvendo um trabalho de literatura, a Corte ofereceu cinco critérios para julgar a obscenidade: (1) explicitude, detalhes e estilos gerais dos trechos que descrevem comportamento sexual; (2) a proporção da obra que estas passagens ocupam; (3) a relação entre tais trechos e o conteúdo intelectual da obra; (4) a relação destas passagens com a estrutura e o desenvolvido da obra; e (5) o grau em que o caráter lascivo de uma obra é mitigado por suas qualidades intelectuais ou artísticas. (Caso *Yojohan fusuma no shitabari*, Petty Bench, 28 de novembro de 1980).

Não obstante, é freqüentemente árdua a tarefa de aplicar estes critérios aos casos concretos. A moralidade sexual varia de acordo com a época, o lugar, a comunidade e a geração; além do mais, pode-se questionar se é legítimo impor a moralidade adotada pela maioria em uma dada sociedade, em uma certa época, às minorias que não precisam necessariamente partilhar destes valores. Em razão de tais problemas, há uma profunda resistência a qualquer restrição à liberdade de expressão devido à obscenidade.

Censura: Em geral, a censura refere-se a ação de autoridades públicas (órgãos do governo) que proíbem a publicação de certas expressões. A censura pode ter um efeito mais profundo na liberdade de expressão do que as restrições após o fato, e tendo em vista ter sido utilizada como instrumento de controle do pensamento, a Constituição a proibiu expressamente.

Não obstante, tem havido inúmeras decisões judiciais sancionando a restrição prévia, inclusive um julgamento da Corte Superior de Tóquio em ação promovida pelo historiador Saburo Ienaga contra os livros escolares fornecidos pelo Ministério da Educação (19 de março de 1986); uma decisão da Suprema Corte que impôs a censura diante do

ataque aos costumes por meio de “materiais escritos e gráficos injuriosos à ordem pública ou à moral” (Grand Bench, 12 de dezembro de 1984), e a decisão do *Hoppo Journal* mencionada acima.

Liberdade acadêmica: O art. 23 garante a liberdade acadêmica. Historicamente, ela refere-se à liberdade ao nível da universidade, especificamente, à liberdade de publicar pesquisas e de ensinar. Este dispositivo é também considerado no sentido de proteger a autonomia da universidade. Decisões relativas a administração da universidade, emprego e formação de grupos de pesquisadores, e a administração de estudantes e da vida nos *campi* são feitas por um Conselho da própria Faculdade, sem interferência do governo ou de qualquer outra entidade externa.

Em relação a instituições de educação fundamental e secundária, a Suprema Corte decidiu que “não é reconhecida completa liberdade acadêmica aos professores do nível escolar, distintamente do que ocorre nas universidades”, indicando que esta liberdade é mais restrita nas escolas elementares e secundárias do que no nível universitário (*Asahikawa achievement test case*, Grand Bench, 21 de maio de 1976). Em um caso anterior, a Corte Distrital de Tóquio tinha decidido que, fundamentalmente, a garantia de liberdade acadêmica aplica-se também aos professores e à educação nos níveis elementar e secundário (Caso dos Livros de Saburo Ienaga, 17 de julho de 1970), mas desde então os tribunais têm decidido contrariamente ao reconhecimento de isonomia entre professores escolares e universitários em relação à liberdade acadêmica.

Liberdades Econômicas

O art. 22, par. 1, da Constituição garante a todos os cidadãos a liberdade de escolher sua ocupação. Isto é interpretado não apenas como o direito de escolher um trabalho, mas também como o direito de buscá-lo livremente. Como o direito de propriedade privada, no entanto, esta liberdade é acompanhada pela condição “na medida em que não interfira com o bem-estar público”.

Trabalhos considerados injuriosos à sociedade, como a prostituição, são proibidos, e as atividades de certos negócios, inclusive antiquários, penhores, restaurantes e bares, e outros negócios que potencialmente podem afetar a moral pública estão sujeitos a sistemas de licenciamento administrados por vários escritórios do governo com a finalidade de monitorar suas atividades. Além disso, os direitos de administração são concedidos pelo governo em certas indústrias relativas ao bem-estar público ou controlados pelo monopólio governamental. Operação de salinas, fornecimento de energia elétrica, serviço postal, e linhas férreas têm sido objeto, tradicionalmente, de um intenso controle estatal, mas a tendência de privatização e desregulamentação do mercado introduziu uma competitividade considerável.

A Constituição também estatui que “o direito de possuir ou manter propriedade é inviolável” (art. 29, par. 1), mas limita esta liberdade com a determinação de que “os direitos de propriedade serão definidos por lei, em conformidade com o bem-estar público”

(par. 2). Isto é interpretado como garantindo não apenas o direito individual à propriedade, mas também o sistema geral de propriedade privada. Ao mesmo tempo, o parágrafo 3 do mesmo artigo estipula que “a propriedade privada pode ser tomada para o uso público mediante justa compensação”.

As constituições dos séculos XVIII e XIX também estipularam compensação para a propriedade privada tomada para uso público, o objetivo era compensar o proprietário pelo sacrifício privado requerido pelo bem público. No século XX, no entanto, assumiu-se que toda a sociedade deve suportar igualmente os prejuízos decorrentes da expropriação.

Há duas diferentes escolas de pensamento para determinar o grau e o montante da compensação: aqueles que pregam a “plena compensação” buscam o pagamento da expressão monetária objetiva da propriedade desapropriada, enquanto os defensores da “justa compensação” alegam que o seu montante deve ser determinado com base em uma série de fatores, inclusive a finalidade da desapropriação e o valor que a sociedade confere à propriedade. As duas posições foram debatidas rapidamente após a Segunda Guerra Mundial, quando o governo estava comprando grandes quantidades de terra para realizar a reforma agrária, e a Suprema Corte posicionou-se ao lado dos defensores da “justa compensação” (Ação de Reforma Agrária - *Land Reform suit*-, Grand Bench, 23 de dezembro de 1953).

Liberdades Pessoais

Nem a liberdade de pensamento e expressão nem a democracia em si mesma poderiam sobreviver se as autoridades do governo ou a polícia fossem livres para entrar nas casas dos indivíduos, deter fisicamente seus moradores, confiscar seus bens pessoais, torturá-los, e indiciar, sentenciar e puni-los sem um julgamento imparcial. No caso do Japão, não faz muito tempo que as liberdades pessoais eram tratadas desta maneira. A aguda consciência dessa história está refletida na Constituição, cujos dispositivos relativos a esta área não possuem precedentes em seu alcance e em seus detalhes. Eles incluem o art. 18, que protege todas as pessoas da dominação e da servidão involuntária; o art. 31, que garante o direito ao devido procedimento de direito; e os arts. 33-39, que protegem os indivíduos contra invasão, procura e detenção ilegais e garantem os direitos do acusado nos procedimentos criminais.

Liberdade contra a dominação e a servidão involuntária: O art. 18 dispõe: “nenhuma pessoa sofrerá dominação de qualquer tipo. A servidão involuntária, exceto como punição por crime, é proibida”. Dominação, como o termo é usado aqui, significa escravidão ou limitação física em desacordo com a dignidade humana fundamental. Este dispositivo obviamente torna ilegal ao órgão ou agente do governo sujeitar um indivíduo a dominação física; ao mesmo tempo, ele é interpretado amplamente como uma proteção contra situações que ilegalmente restringem a liberdade pessoal.

A servidão involuntária refere-se ao trabalho forçado, proibido também pelo art. 5 da Lei de Padrões do Trabalho (*Labor Standards Law*). Em razão das exigências especiais de prevenção a desastres, no entanto, a lei sanciona a convocação compulsória ao trabalho em caso de desastres naturais e outras emergências, enquanto medidas temporárias (Lei do Serviço de Bombeiros – *Fire Service Law* –, art. 29, par. 5; Lei Básica para Medidas em Desastres – *Basic Law on Disaster Measures* –, arts. 65, 71).

A servidão penal é permitida como uma exceção à liberdade contra servidão involuntária. Naturalmente, tais exceções não podem envolver escravidão ou crueldade (Constituição, art. 36).

Garantia do Devido Procedimento: Como um dos princípios básicos relativos à liberdade pessoal, a Constituição determina que “nenhuma pessoa será privada da vida ou da liberdade, nem será imposta qualquer outra penalidade criminal, exceto de acordo com o procedimento juridicamente previsto” (art. 31). Este dispositivo é interpretado para incluir a garantia de um procedimento criminal justo, que é colocado em ação em situações não cobertas pelas garantias específicas dos arts. 33-39. Os princípios de “presunção de inocência” e *nemo iudex sine actore, iudex ne procedat ex officio* (não há julgamento sem partes) são entendidos como inclusos nesta garantia, revelando-se como normas constitucionais.

O art. 31 ordena o cumprimento do devido procedimento não apenas para suspeitos e acusados, mas também em relação a terceiros. De acordo com a interpretação aceita, isto significa garantia não apenas em nível de procedimento, mas também regularidade e legalidade materiais em casos criminais. Em termos concretos, a garantia do devido procedimento significa, acima de tudo, que o fato que constitui crime deve ser claramente indicado, nos termos do princípio da legalidade, ou *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege* (não há crime nem pena sem prévia cominação legal). Outros aspectos do devido procedimento são o princípio da proporcionalidade da pena e a possibilidade de evolução no cumprimento desta.

Liberdade contra apreensão ilegal: A Constituição protege a liberdade individual ao determinar que “nenhuma pessoa será apreendida exceto mediante ordem expedida por agente judicial competente que especifique a ofensa de que a pessoa é acusada, a menos que seja apreendida quando a ofensa está sendo cometida” (art. 33). “Uma autoridade judicial competente” significa um juiz; agentes policiais e outros agentes não estão qualificados para tanto. No contexto do procedimento criminal, as ordens incluem ordem de prisão, ordem de custódia e ordem de detenção.

De acordo com o Código de Procedimento Criminal, tais ordens devem indicar não apenas o nome da ofensa da qual a pessoa é acusada, mas também especificar as particularidades do crime que lhe é imputado (art. 200). Este dispositivo pretende evitar que as autoridades investidas no poder de realizar a prisão cometam abusos, sendo necessária a intervenção judicial. Poderá o julgador recusar-se a emitir a ordem de prisão “se lhe parece claramente que ela não é necessária” (art. 199, par. 2). O Código aponta como exceções a este princípio a prisão quando o crime está sendo praticado (art. 121, par.

1), quando está claro que a ação delituosa foi cometida há poucos instantes (art. 212, par. 2), e em outras situações de emergência (art. 210).

Liberdade contra prisão ou detenção ilegal: O art. 34 da Constituição estatui: “nenhuma pessoa será presa ou detida sem ter sido informada das acusações contra ela formuladas ou sem o privilégio de contatar imediatamente seu advogado; nem poderá ser detida sem causa adequada, e uma vez solicitado por qualquer pessoa, esta causa deve ser imediatamente exibida, na sua presença e de seu advogado”. Prender significa colocar sob custódia, enquanto deter significa manter sob custódia por um certo período. O art. 34 determina que tanto a prisão quando a detenção sejam realizadas de forma imparcial e clara, reconhecendo que resultam em grave restrição à liberdade pessoal.

Banimento da tortura e das penas cruéis: Sob o regime constitucional, “a aplicação de tortura por qualquer agente público e as penas cruéis são absolutamente proibidas” (art. 36). Tortura implica infligir sofrimento físico ou mental a um suspeito ou acusado, com a finalidade de obter sua confissão. Embora a Constituição Meiji não apoiasse a tortura, a polícia freqüentemente utilizava tais táticas, pois a confissão era a “prova” primordial da culpa do acusado.

Em vista disso, a Constituição não apenas proíbe a tortura “absolutamente” mas também bane o seu uso com finalidade de obter a confissão (art. 38, par. 2). De acordo com uma decisão da Suprema Corte, “punição cruel” é uma penalidade que é considerada desumana porque impõe sofrimento moral ou físico desnecessário (Grand Bench, 23 de junho de 1948). Isto é interpretado como cobrindo tanto punições cujos modos de execução são inerentemente cruéis (morte na fogueira, crucificação, e assim por diante) quanto punições irregularmente severas.

O debate sobre a Pena de Morte: As opiniões dividem-se quanto a se a pena de morte constitui uma punição cruel, mas a Suprema Corte tem rejeitado as arguições de sua inconstitucionalidade, decidindo que “não há razão para considerar o enforcamento, o método empregado neste país, como particularmente desumano, quando comparado [com as punições acima mencionadas de queima na fogueira e assim por diante]” (Grand Bench, 6 de abril de 1955).

Desde o século XVIII certos grupos têm clamado pelo fim da pena capital com base em razões humanitárias, e a forte oposição a este tipo de punição persiste. Defensores da abolição da pena de morte afirmam ser ela bárbara e cruel, violadora dos direitos humanos, ineficaz enquanto prevenção ao crime, e sem possibilidade de reversão em caso de erro judiciário. Estes argumentos têm servido de ponto de partida em um crescente número de países para acabar com a pena capital. Atualmente, quarenta e quatro países, incluindo a França, a Alemanha e muitos outros Estados europeus, aboliram a pena de morte, enquanto outros trinta e sete, incluindo a Itália e a Espanha, eliminaram-na provisoriamente, ou pelo menos não a invocaram nos últimos quinze anos.

Em dezembro de 1989, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou um tratado, eficaz a partir de 1991, intimando seus 21 signatários a eliminar a pena de morte. O Japão não subscreveu este tratado e não tem planos para fazê-lo. O art. 9 do Código Penal

sanciona explicitamente a pena capital e específica que “a pena de morte será realizada por enforcamento dentro da prisão” (art. 11, par. 1). Em 17 de abril de 1990, no julgamento do caso de um assassino em série, a Suprema Corte consagrou, mais uma vez, a constitucionalidade da pena capital.

O Código de Procedimento Criminal estipula que tal execução deve ser realizada por ordem do Ministro da Justiça dentro de seis meses após a sentença (art. 475). Em muitos casos, entretanto, o Ministério da Justiça não aprova a execução, e a sentença é executada. (Um aspecto positivo desta prática é que, cabendo ao Ministério da Justiça a decisão final, tornou-se costumeiro que o Ministro da Justiça examine todos os casos de pena de morte cuidadosamente, resultando uma grande vigilância, no Japão, contra execuções errôneas, muito maior do que em outros países.)

Em março de 1993, o então Ministro da Justiça Masaharu Gotoda ressuscitou o debate público sobre a pena de morte quando assinou a ordem para uma execução, a primeira em mais de três anos. A pena de morte retornou também aos Estados Unidos: em abril de 1992, em meio a discussões acaloradas, a Califórnia realizou sua primeira execução em 25 anos, mandando para a câmara de gás um homem condenado por matar dois meninos.

Embora a Constituição determine que uma sentença inicial possa sofrer recurso para as duas instâncias superiores, alguns eventos provam o perigo de erros judiciários. Em 21 de maio de 1975, a Suprema Corte recusou a autorização para que um homem condenado em 1963 por matar um policial fosse julgado novamente. Desde então, entretanto, um grande número de sentenças condenatórias obtidas em casos de homicídio julgados há muitos anos foram revertidas por força de um novo julgamento: o caso Sakae Menda (Corte Distrital de Kumamoto, 15 de julho de 1983), o caso do Rio Saitagawa (Corte Distrital de Takamatsu, 12 de março de 1984), o caso Matsuyama (Corte Distrital de Sendai, 11 de julho de 1984), o caso de uma mulher condenada pelo homicídio de um vendedor de rádios em Tokushima (Corte Distrital de Tokushima, 9 de julho de 1985), o caso Yoshimitsu Umeda (Corte Distrital de Kushiro, 27 de agosto de 1986), e o caso Shimada (Corte Distrital de Shizuoka, 31 de janeiro de 1989). Particularmente em vista do perigo de que decisões errôneas possam levar o próprio Estado a cometer crimes irreparáveis em nome do Judiciário, o sistema da pena de morte precisa ser reexaminado.

Direitos do acusado: A Constituição, em reconhecimento de que as penalidades criminais impõem uma grave restrição às liberdades pessoais, exige que sejam atendidas as regras de procedimento necessárias à imposição destas penalidades, regras estas imparciais e rigorosas. Os arts. 37-39 dotam o acusado de diversas garantias em relação ao procedimento em casos criminais: o direito a “um julgamento rápido e público perante um tribunal imparcial” (art. 37, par. 1), a oportunidade de examinar todas as testemunhas e o direito a convocar testemunhas em seu interesse (art. 37, par. 2), o direito a um advogado (art. 37, par. 3), a proteção contra a auto-incriminação (art. 38, par. 1), a inadmissibilidade como prova de confissões obtidas mediante coação (art. 38, par. 2), a regra que não permite a

condenação com base somente na confissão (art. 38, par. 3) e a proteção contra procedimentos repetidos (*non bis in idem*) e processamento com base em leis retroativas (*ex post facto laws*).

Direitos Sociais

O conceito de direitos sociais, ou direitos relativos a qualidade da vida sócio-econômica, determina a ativa intervenção do Estado quando necessário para manter a vida de cada indivíduo em sociedade e para combater as situações de desigualdades econômicas e sociais. Enquanto alguns destes direitos, como o direito à vida, o direito de receber uma educação, e o direito ao trabalho, envolvem o direito de postular assistência do governo, outros, como os direitos fundamentais dos trabalhadores, dela não necessitam.

A Constituição determina que “toda pessoa tem o direito de manter os padrões mínimos de sobrevivência e de vida cultural” (art. 25, par. 1) e que “o Estado deve empenhar-se na promoção e extensão do bem-estar social, da segurança e da saúde pública” (art. 25, par. 2).

Em termos muito gerais, o direito à vida (*seizonken*) obriga o Estado a assegurar às pessoas condições para manter um “padrão mínimo de sobrevivência e de vida social”. Assim, ao passo que as liberdades civis são liberdades normativas dirigidas à proteção dos indivíduos contra a interferência do Estado ou para obrigar o governo a abstenções, o direito à vida é uma liberdade (de vontade) promovida pelo Estado e que envolve uma ação governamental positiva. Os recursos do governo são limitados, e aqui surgem as fontes de controvérsia sobre a natureza do direito à vida.

O art. 26 estatui: “toda pessoa tem o direito de receber uma educação igual, correspondente a suas habilidades, como definido em lei”. O parágrafo 2 do mesmo artigo obriga todos os adultos a “manter todas as crianças sob sua responsabilidade na escola, conforme determinado em lei”, e estipula que “toda a educação compulsória será gratuita”. O dispositivo de que “toda pessoa tem o direito de receber uma educação igual” enquadra-se na categoria das liberdades civis enquanto proíbe o governo de interferir ou restringir a liberdade do indivíduo de receber uma educação. Mas é também um aspecto do direito à vida porque garante oportunidade de educação àqueles sem recursos econômicos (Lei Fundamental da Educação – *Fundamental Law of Education* –, art. 3, par. 1).

O direito à educação possui três componentes: o direito da criança a aprender, o dever dos guardiões de fazer com que as crianças sob sua responsabilidade recebam uma educação, e a obrigação do Estado em providenciar esta educação. Recentemente, o debate centrou-se na questão se o Estado, juntamente com a sua tarefa de oferecer a educação, possui o direito exclusivo de determinar o seu conteúdo. Neste sentido, a Suprema Corte decidiu que “com exceção da intervenção destinada a atrapalhar o desenvolvimento das crianças enquanto indivíduos livres e independentes, o Estado

possui as funções de estabelecer e implementar as políticas educacionais, enquanto parte da ação governamental, e de determinar o conteúdo da educação (*Asahikawa achievement test case*, Grand Bench, 21 de maio de 1976).

O art. 27 da Constituição estabelece o direito e a obrigação das pessoas de trabalhar, e mais, no parágrafo 2, determina a criação de padrões legais de salário, carga horária, descanso e outras condições de trabalho. O art. 28, além disso, garante o direito dos trabalhadores de organizar-se e de barganhar e de agir coletivamente (os três direitos básicos do trabalhador). Estes dois dispositivos formam a base dos direitos dos trabalhadores, garantindo a todos eles um padrão decente de vida e garantindo aos trabalhadores economicamente hipossuficientes os meios para assegurar igualdade e liberdade substantivas. Estas garantias tomam formas concretas nos dispositivos de leis como a Lei dos Padrões do Trabalho (*Labor Standards Law*), Lei das Uniões de Trabalho (*Labor Union Law*) e Lei de Ajuste das Relações de Trabalho (*Labor Relations Adjustment Law*). Estas leis desempenharam um grande papel na modernização das relações de trabalho no Japão.

Ao mesmo tempo, o direito impõe várias limitações aos direitos laborais garantidos pela Constituição. Aos funcionários públicos civis (empregados do Estado e das empresas do governo local) são negados parcialmente ou completamente os direitos enumerados no art. 28. Por exemplo, policiais, bombeiros, pessoal das Forças de Autodefesa e empregados do sistema prisional não possuem os três direitos básicos do trabalho (Lei do Serviço Civil Nacional – *National Civil Service Law* –, art. 108-2, par. 5; Lei do Serviço Civil Local – *Local Civil Service Law* –, art. 52, par. 5; Lei das Forças de Autodefesa – *Self-Defense Forces Law* –, art. 64, par. 1). Aos demais funcionários públicos são negados os direitos de barganha coletiva e o direito de greve ou engajamento em outras contendas laborais ((Lei do Serviço Civil Nacional – *National Civil Service Law* –, art. 108-5, par. 2, 3; art. 110, par. 1, n. 17; Lei do Serviço Civil Local – *Local Civil Service Law* –, art. 37; art. 55; par. 2; art. 61, n. 4); e tanto aos primeiros funcionários mencionados quanto a estes últimos, bem como a todos os empregados de entidades do Estado ou do governo local, é negado o direito de greve (Lei das Relações de Trabalho em Empresas Públicas Nacionais – *National Public Enterprise Labor Relations Law* –, arts. 17, 18), Lei das Relações de Trabalho em Empresas Públicas Locais – *Local Public Enterprises Labor Relations Law* –, arts. 11, 12). Organizações de trabalhadores e acadêmicos têm condenado estas regulamentações gerais, porque inconstitucionais, mas a Suprema Corte, citando a natureza especial do trabalho nos setores públicos, particularmente sua relação com o bem-estar de toda a sociedade, decidiu que tais limitações não violam o art. 28 da Constituição (Grand Bench, 25 de abril de 1973; Grand Bench, 4 de maio de 1977).