

Iuri BOLESINA¹
Tássia GERVASONI²

DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS? UM ESTUDO SOBRE O DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO A PARTIR DO CASO KIMIGAYO

UNIVERSAL HUMAN RIGHTS?
A STUDY ON THE RIGHT TO FREEDOM OF
THOUGHT FROM THE KIMIGAYO CASE

DERECHOS HUMANOS UNIVERSALES? UN
ESTUDIO SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE
PENSAMIENTO A PARTIR DEL CASO KIMIGAYO

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. O caso “Kimigayo”: uma perspectiva para começar; 2.1 Os fatos; 2.2 O contexto do julgamento: Kimigayo e Hinomaru; 2.3 A decisão da Suprema Corte do Japão (os argumentos desenvolvidos) e seus efeitos; 3. Sobre o direito fundamental/humano à liberdade de pensamento contemporaneamente; 3.1 A ligação entre liberdade de pensamento e identidade pessoal; 3.2 Direito à liberdade de pensamento no caso do servidor público: a tensão entre o direito à liberdade de pensamento e a condição de servidor público; 4. Em que sentido são os direitos humanos universais?; 5. Considerações finais... sobre sentidos possíveis para direitos humanos universais; Referências.

RESUMO:

Este trabalho, a partir do estudo do caso Kimigayo, em controvérsia envolvendo a liberdade de pensamento de um servidor público no Japão, investigará os sentidos postos e possíveis para a universalidade

Argumenta
Journal Law
n. 27 p. 127-166
jul/dez 2017

Como citar este
artigo: BOLESINA,
Iuri, GERVASONI,
Tássia. Direitos
Humanos Universais?
Um estudo sobre o
direito à liberdade de
pensamento a partir
do caso Kimigayo.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho –
PR, Brasil, n. 27, p.
127-166.

Data da submissão:
05/05/2016
Data da aprovação:
21/11/2016

1. Universidade de
Santa Cruz do Sul
UNISC – Brasil
2. Faculdade
Meridional
IMED - Brasil

dos direitos humanos. Para tanto, (I) é preciso reconstruir o caso Kimigayo, desde os fatos que motivaram o conflito até o julgamento e seus efeitos; (II) examinar o direito à liberdade de pensamento contemporaneamente, focando, em especial, nas suas implicações à identidade pessoal e suas peculiaridades no que diz respeito ao servidor público; para, finalmente, responder ao problema proposto (III): em que sentido(s) pode-se falar em direitos humanos universais?

ABSTRACT:

This paper, on the Kimigayo case study, a controversy involving freedom of thought of a public servant in Japan, will investigate the current and possible interpretations for the universality of human rights. Therefore, (I) it's necessary to rebuild the Kimigayo case from the facts that motivated the dispute to the context and the effects of the judgment; (II) to examine the right to freedom of thought, focusing in particular on its implications to personal identity and its peculiarities with regard to the public servant; to respond, finally, to the problem (III): in which sense(s) can one speak of universal human rights?

RESUMEN:

En este trabajo, a partir del estudio de caso en Kimigayo, controversia que involucra la libertad de pensamiento de un servidor público en Japón, serán investigados los sentidos puestos y posibles para la universalidad de los derechos humanos. Por lo tanto, (I) es necesario reconstruir el caso Kimigayo desde los hechos que dieron lugar al conflicto hasta la sentencia y sus efectos; (II) examinar el derecho a la libertad de pensamiento, centrándose en particular en sus implicaciones para la identidad personal y sus particularidades con respecto al servidor público; para responder por fin al problema propuesto (III): en qué dirección (s) se puede hablar de los derechos humanos universales?

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos humanos; Kimigayo; liberdade de pensamento; universalidade.

KEYWORDS:

Human rights; Kimigayo; freedom of thought; universality.

PALABRAS CLAVE:

Derechos humanos; Kimigayo; libertad de pensamiento; universalidad.

1. INTRODUÇÃO

O sol orbitando em volta da Terra, que “já foi” plana, em um universo que já se supôs eterno: tudo isso em algum momento da história foi aceito como verdade – e não como “qualquer verdade”, como dogma. Isso indica o fato de que as convicções aparentemente mais seguras e certas podem (e serão) questionadas e contestadas em determinado momento, seja pela evidência de sua inexatidão ou incompletude, seja pelas transformações paradigmáticas que movem a ciência.

Com relação aos direitos humanos, a característica da universalidade foi sendo assentada mais ou menos dessa forma, indiscutível e indissociável, sobretudo ao fazer-se presente desde o título da própria “Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948”. Um alento de esperança aos horrores da segunda guerra que, no entanto, fez sombra a uma infinidade de povos e culturas.

Pelo menos desde 1948, passou praticamente incólume a discussão acerca do que significa e o que (ou quem) representa essa universalidade, enquanto a diversidade que lhe é adversa foi sendo esquecida e soterrada por tratados, convenções e toda sorte de prescrições de direitos universais que, no final das contas, eram bastante singulares em suas previsões e destinações.

Ora, se direitos humanos são universais, o que justifica as disparidades em suas garantias e efetivação conforme o ponto geográfico da Terra em que se vive? No caso que se toma de base para a presente investigação, Kimigayo, a controvérsia envolvendo a liberdade de pensamento de um servidor público no Japão recebeu uma resposta que não se pode, minimamente, pressupor que se repetiria no Brasil, nos Estados Unidos, no Uruguai, na Índia... Os direitos humanos são universais, contudo, a interpretação que se faz acerca da liberdade de pensamento pode ser variável?

Não se trata, antecipa-se a ressalva, de uma defesa de padronização ou uniformização de conflitos e respostas. Entretanto, essa condição revela que é chegado o tempo de questionar, ainda que para melhor compreender, a tão alardeada ideia de universalidade dos direitos humanos, sobretudo dos direitos humanos recebidos a partir de uma “fórmula pron-

ta”, impondo-se suas previsões aos países como entrega-se uma caixa de presente muito bem adornada, com laços e fitas e cores, mas que, no fundo, serve de distração e disfarce com relação ao presente.

Com efeito, este trabalho propõe-se, a partir do estudo do caso Kimigayo, conforme referido, que discutiu, no Japão, os limites da liberdade de pensamento de servidor público, questionar e investigar os sentidos postos e possíveis para a universalidade dos direitos humanos.

Para tanto, o estudo será dividido em três momentos: inicialmente, é preciso reconstruir o caso Kimigayo, desde os fatos que motivaram a disputa judicial até o contexto do julgamento e os efeitos decorrentes da decisão final; num segundo momento, pretende-se examinar os contornos e perspectivas do direito à liberdade de pensamento contemporaneamente, focando, em especial, nas suas implicações à identidade pessoal e suas peculiaridades no que diz respeito ao servidor público; e, ao final, todos esses dados comporão a base para que se responda ao problema firmado de início: em que sentido(s) pode-se falar em direitos humanos universais?

Metodologicamente, o presente trabalho fará um estudo de caso, adotando uma abordagem fenomenológico-hermenêutica – priorizando, portanto, quanto aos objetos da investigação, o seu *modo*, o seu *como*, em oposição a construções soltas no ar ou descobertas acidentais que se apegam à quididade real dos objetos (HEIDEGGER, 2009, p. 66) –, um método de procedimento monográfico (indicando a especificidade da investigação) e técnicas de pesquisa por documentação indireta.

2. O CASO “KIMIGAYO”: UMA PERSPECTIVA PARA COMEÇAR

2.1 Os fatos

O caso “Kimigayo” trata de uma situação com relevância jurídica ocorrida no Japão, na cidade de Hino, especificamente na “*Hino City Elementary School*”, no ano de 1999, judicializado em 2004 através do caso “2004 (Goy-Tsu) N. 328” e julgado em última instância em fevereiro de 2007, pela Suprema Corte (Constitucional) do Japão, o qual serviu de paradigma para outros casos com objetos assemelhados.¹ O processo judicial tem como parte autora um professor de música e como parte ré o Conselho Metropolitano de Educação. Trata, em máximo resumo, de um pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma admoestação disciplinar recebida pela parte autora e aplicada pela parte ré, sob a alega-

ção da violação ao artigo 19 da Constituição do Japão, que diz respeito ao direito fundamental de liberdade de pensamento e de consciência.²

Conforme consta no acordão, a parte autora do processo é servidor público, professor de música da Escola de Ensino Fundamental da Cidade de Hino (escola pública) desde 1º de abril de 1999. Tal escola fundou como praxe (desde o ano de 1995) entoar a canção “Kimigayo” (que desde agosto de 1999, ao lado da sua melodia, trata-se do hino nacional oficial do Japão) com o acompanhamento instrumental de um piano nas suas cerimônias de iniciação e formatura. Nesse mesmo sentido se daria a cerimônia de iniciação, que seria realizada no dia 06 de abril de 1999 (note-se: a primeira cerimônia em que o professor de música iria participar, naquela escola, pelo menos, pois decorridos apenas cinco dias de sua chegada à escola) (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 3).

A fim de organizar a cerimônia de iniciação, foi realizada a “reunião dos professores/colegiado” no dia 05 de abril de 1999. Nesse encontro, um dos assuntos foi a execução do Kimigayo, o qual ficaria ao encargo do professor de música. Todavia, ao saber dessa incumbência, o professor de música negou-se a executar a canção no piano, sustentando que o hino violava as suas perspectivas pessoais de pensamento e crença – sendo reprovado pelo diretor (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 3).

No dia da cerimônia, porém, horas antes do seu início, o professor de música foi convocado ao escritório do diretor, oportunidade na qual, novamente, lhe foi determinado que efetuasse a execução do hino nacional no piano; novamente o professor negou-se pelo mesmo motivo: a canção ia de encontro aos seus pensamentos e crenças. No horário da cerimônia, no momento da execução do Kimigayo, conforme protocolo, o mestre de cerimônias determinou que o professor de música tocasse o hino nacional, o qual, por seu turno, permaneceu sentado e imóvel em frente ao piano. Depois de cerca de cinco minutos, observando que o professor de música não iria desenvolver a melodia, o mestre de cerimônias instruiu que fosse tocada uma versão gravada da melodia do Kimigayo, que havia sido preparada com antecedência, no antever da situação. Valendo-se do som gravado, o hino nacional foi cantado na cerimônia de iniciação (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 3-4).

Diante disso, no dia 11 de abril de 1999, o Conselho Metropolitano de Educação aplicou uma admoestação ao professor de música, funda-

da na “desobediência de ordens oficiais”, conforme o previsto no Ato dos Serviços Públicos Locais (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 4). O professor de música, sentindo-se violado em seu direito fundamental de liberdade de pensamento e de crença intentou ação judicial visando a declaração de inconstitucionalidade da admoestação e, conseqüentemente, a sua retirada do seu histórico funcional.

2.2 O contexto do julgamento: Kimigayo e Hinomaru

O Kimigayo é envolto em uma discussão ideológica e política, isso porque originariamente se refere a um poema do século X (905 d.c.) chamado *Waka*, que servia como forma de homenagear pessoas importantes e/ou idosos, a partir da Era Meiji (1867-1902) – marcada pela lógica imperial e pela presença da figura do Imperador como “ser-superior-descendente-dos-deuses” – a letra do poema foi impositivamente alterada a fim de render venerações ao Imperador³ e, conseqüentemente, rebaixar aos demais cidadãos. Diante disso e a partir das mudanças culturais, jurídicas e políticas ocorridas no Japão com o final da segunda guerra mundial, houve pressão para se alterar a letra do Kimigayo e evitar que, na forma em que estava, se tornasse o hino oficial japonês, uma vez que simbolizava uma visão não/anti-democrática e marcava um período em que o Japão realizou diversas agressões a outros países da Ásia. Em oposição a esse movimento, contudo, estavam aqueles que interpretavam o Kimigayo como algo cultural e histórico, desprovido de qualquer emblema negativo (THE NEW YORK TIMES, 1999).

Essa discussão, aliás, chegou à Dieta Nacional japonesa⁴, onde se instaurou um debate acerca de uma legislação sobre tornar o *Kimigayo* e a *Hinomaru*, respectivamente, o hino nacional e a bandeira japonesa oficiais. O cenário montou-se em razão de um conflito instaurado em fevereiro de 1999 entre o diretor da *Sera High School* (escola pública) e o Conselho de Educação de Hiroshima. O Conselho determinava que todas as escolas sob sua jurisdição entoassem o Kimigayo e hasteassem a bandeira Hinomaru – *The Rising Sun Flag* – na próxima cerimônia de graduação das escolas. Todavia, pelos motivos acima descritos, o diretor Toshihiro Ishikawa negou-se – sendo repreendido – e buscou apoio dos professores de sua escola, sem sucesso. Como medida última, visando blindar as suas crenças contra um ato oposto (e imposto) a elas, o diretor

se suicidou e deflagrou o debate sobre a hino e a bandeira japonesa (DESERET NEWS, 1999, p. 10).

Nos dias que antecederam a votação da legislação na Dieta, o jornal *The Japan Times* (1999) realizou uma enquete em Tokio, Osaka e Hiroshima, questionando se os entrevistados reconheciam e concordavam com a bandeira Hinomaru e o hino Kimigayo como símbolos nacionais. Quanto à bandeira, 90% dos entrevistados a reconheciam e concordavam; já quanto ao hino, cerca de 60% concordavam e reconheciam.⁵ Na Dieta, a discussão política acabou com a aprovação da Lei (*Act on National Flag and Anthem*) em agosto de 1999: na Casa dos Representantes por 403 votos a favor e 86 contra e na Casa dos Conselheiros por 166 votos a favor e 71 contra, ao total representando aproximadamente 78% de apoio à Lei.

2.3 A decisão da Suprema Corte do Japão (os argumentos desenvolvidos) e seus efeitos

Inicialmente, note-se que o caso ora tratado ocorreu em abril de 1999, ou seja, dois meses depois do suicídio do diretor da *Sera High School* e quatro meses antes da publicação da Lei sobre o hino e a bandeira oficial japonesa. Como já deve estar aclarado, o professor de música, filiando-se à perspectiva de que o Kimigayo é uma mácula na história e na cultura do Japão, asseverou que, de acordo com sua liberdade fundamental de pensamento e de crença, não poderia somar-se ao enaltecimento de algo desvirtuado de toda lógica cultural, política e jurídica contemporânea que fora forjado em período de agressões perpetradas pelo Japão.

Nesse sentido, argumentou que também violava a sua liberdade fundamental de pensamento e de crença tomar parte, deliberadamente, de um ato que infringe os direitos humanos, na medida em que obriga às crianças da escola a cantar o Kimigayo sem a exata noção e educação sobre os fatos que engendraram a canção e sobre as circunstâncias em que ela era cantada no passado. Destarte, advogou que mais razoável seria primeiro lecionar os alunos sobre o Kimigayo e seu contexto, dando-lhes o entendimento mínimo necessário para que pudessem concordar ou não em cantar o hino (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 4).

Ademais, ponderou-se que o ato de tocar uma canção no piano não ocorre exclusivamente pelo movimento autômato das mãos do músico, pois depende majoritariamente de um exercício mental. O instrumento,

assim, é apenas o meio pelo qual o músico manifesta algo. No seu caso, ser forçado a tocar o Kimigayo representaria a imposição para que realizasse sinapses a fim de executar a canção, as quais lhe remeteriam aos sentimentos negativos que nutre em relação à canção e ao fato de estar sendo obrigado àquilo mesmo diante do seu direito fundamental à liberdade de pensamento e de crença, causando-lhe uma contradição psicológica e emocional. Isso representaria, ao fim das contas, uma segunda violação (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 7).

Defendeu-se que o seu cargo de funcionário público, especificamente como professor de música, lhe atrai como deveres fundamentais às aulas de música, ou seja, o ensinamento das questões relativas à área musical do conhecimento e não a realização de atos estranhos a isso. O servir de músico nas cerimônias de iniciação e graduação da escola é, quando muito, uma obrigação acessória. E sendo um acessório, é de se ponderar seriamente se tal adicional deve ser superior ao direito fundamental de liberdade de pensamento e de crença (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 14).

Tampouco é razoável o atendimento de ordens em exclusiva obediência aos comandos do diretor em vista de obrigações que este supõe presumidas ou genericamente de responsabilidade dos professores de música das escolas públicas (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 14). Ao lado disso, asseverou-se que o objetivo da escola, naquela ocasião, era realizar uma cerimônia de iniciação que atendesse ao importante interesse (geral e abstrato) da educação infantil, o que não carece, como condição de possibilidade, de um professor executando o acompanhamento musical ao vivo (tanto que a gravação atendeu ao desiderato) (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 13).

Por fim, sustentou-se em favor do professor que o centro da discussão jurídica não deveria ser o questionamento se a ordem do diretor impõe, proíbe ou nega um pensamento ou uma crença do professor, mas, sim, se era constitucional ou não obrigá-lo a tocar o acompanhamento musical (antes de verificar se isso impunha, negava ou proibia uma visão sobre o Kimigayo) (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 12). Em outras palavras, se era proporcional ou não fazer crer que obrigar uma pessoa (um funcionário público no caso) a executar algo que vai contra seus princípios (causando sentimentos de estranhamento ou ultraje) poderia ser visto como algo neutro, pelo simples fato de não partir da própria pessoa, mas sim de uma ordem do Estado (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 14). Nessa linha, percebeu-se

que o professor se opunha ao fato dele ser obrigado a entoar o hino e não que outras pessoas cantassem o hino, se assim o desejassem.

Em outro sentido, a favor do Conselho Metropolitano de Educação, defendeu-se objetivamente que o professor de música em questão é um funcionário público do Estado do Japão e que, por força constitucional (artigo 15, §2)⁶, é tido com um servo da comunidade. Essa qualidade, em tese, o coloca em posição de ter de tolerar certas limitações em seus direitos fundamentais em nome do bem geral: tende, nos casos que envolvem servidores públicos, o interesse público a ser superior ao interesse privado (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 12/14). Outrossim, salientou-se que os diretores das escolas públicas são munidos com poderes de fazer suas ordens soarem como ordens oficiais do Estado, notadamente quando almejarem resultados albergados pela Constituição e necessários para a realização adequada do evento a que se destinam (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 8-9).

Também afirmou-se que, apesar de não com força obrigatória à época, é habitualmente determinado pelo Conselho que o Kimigayo seja tocado nas escolas públicas de ensino fundamental e médio; uma prática ordinariamente realizada nas cerimônias de iniciação e graduação, sendo que a entoação e/ou execução é uma espécie de “dever acessório” – tido como natural – dos professores de música. Em assim sendo, o desenvolver do Kimigayo não pode ser visto como uma expressão do pensamento do professor que o executa, especialmente em vista de tratar-se de corriqueira e usual determinação que, em geral, advém de um órgão superior e estatal. Não existiria uma conexão direta e inseparável entre tocar a música e os pensamentos e crenças do professor, assim como não haveria uma conexão direta entre usar uma camiseta com a imagem de Jesus Cristo e ser cristão (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 4-5/11).

Ademais, argumentou-se que a recusa do professor com base na opinião de que a história e o contexto do Kimigayo deveriam ser ensinados anteriormente às crianças não poderia prevalecer, considerando que, naquele caso, a cerimônia tratava-se de um evento de iniciação, de “boas vindas” aos alunos, os quais receberiam as aulas sobre a canção no decorrer de seus estudos, em momentos posteriores e com a diligência necessária para o aprendizado. Nessa mesma linha, advogou-se no sen-

tido de que o plano de educação e as matérias a serem ensinadas foram decididos pelo Estado, não estando à disposição da discricionariedade e liberdade de cátedra dos professores, sob pena de balbúrdia, considerando que cada professor poderia deixar de lecionar aquilo que não julgasse ser pertinente (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 8).

Em resumo, ao final, a decisão afirmou que as ordens que determinam que os funcionários públicos das escolas estatais cantem/toquem o hino diante da bandeira, mesmo contra o entendimento destes, (a) não negam ou proíbem a perspectiva político-histórica-ideológica dos afetados e (b) não impõem que os afetados confessem ou tenham um visão político-histórica-ideológica específica, (c) por não haver uma conexão direta e inseparável entre a liberdade de pensamento e de crença dos afetados e o conteúdo da determinação estatal. Em assim sendo, não haveria, portanto, uma violação ao direito fundamental de liberdade de pensamento e de crença, previstos no artigo 19 da Constituição Japonesa (JAPÃO, SCJ, 2007, p. 11). Resultado final: o professor de música não teve o seu pleito pela declaração da inconstitucionalidade da reprimenda funcional deferido.

Como efeitos decorrentes da decisão da Suprema Corte do Japão, é imprescindível sublinhar que serviu como paradigma para julgamento de outras demandas judiciais intentadas por professores que questionavam a constitucionalidade das determinações oficiais que lhes obrigavam a cantar/tocar o hino Kimigayo diante da bandeira Hinomaru nas celebrações das escolas públicas, bem como as punições a eles aplicadas pelo Conselho de Educação de Tokyo. Todas essas demandas convergiram para um julgamento desfavorável àqueles que questionavam o Kimigayo e a Hinomaru (THE JAPAN TIMES, 2010).

Ao lado disso, intensificou-se a rigidez nas punições administrativas aos professores visando o atendimento da legislação sobre o hino e a bandeira. Estima-se que de 2004 a 2011 cerca de 400 professores foram punidos pelo Conselho de Educação de Tokyo, que instruiu aos diretores das escolas públicas que, nos casos de enfrentamento da mencionada Lei, advertissem, como primeira medida, aquele que se negasse a cantar o Kimigayo ou a encarar a Hinomaru e, em se mantendo a negativa, que avançassem para cortes de salário, suspensão e até mesmo demissão (FUJITA, 2011).

3. SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL/HUMANO À LIBERDADE DE PENSAMENTO CONTEMPORANEAMENTE

Como preâmbulo é válida a advertência que a leitura contextualizada do direito à liberdade de pensamento conjugado com o direito à liberdade de expressão é a melhor opção para o entendimento deste direito. Cogita-se que partem da mesma raiz, porém, em sentidos diferentes: um sentido interno, consistindo no direito ao pensamento, e outro externo, significando o direito à expressão (LEWIS, 2009, p. 183). Afinal, de pouca ajuda seria o direito de livre pensar sem o direito de livre manifestar esse pensamento. Nesse espectro, portanto, também ganham iluminação direitos como a liberdade de consciência e de crença, assim como todas as demais liberdades de comunicação ou comunicativas (artística, intelectual, de imprensa, dentre outras) (SILVA, 2006, p. 243; DIAS, 2011), já que tendem a partir do pensamento em direção à manifestação.

Tomar o direito à liberdade de pensamento de um modo isolado implica em entendê-lo como a mera liberalidade de psiquicamente se pensar de qualquer modo. Seria, nesse sentido raso, despropositado falar em “direito”, já que pouco provável que houvesse uma forma de “ler e controlar” os pensamentos que ocorrem na mente de uma pessoa. Seria o caso, contudo, nas distopias, como as já aventadas na literatura (Orwell, Dick, Urobuchi, dentre outros), em que uma entidade/instituição (física ou mística) tem a onipresença e a onisciência para vigiar/controlar o pensamento de quem lhe está assujeitado.

Todavia, em um sentido mais inter-relacionado, o direito à liberdade de pensamento conecta-se à ideia de *forum internum* (MURDOCH, 2007), equivalendo ao direito de pensar livremente (inclusive mudar de posição) e poder fruir deste pensamento. Assim, quanto ao “pensar livremente”, tem-se como sendo perversas as formas de “lavagem cerebral” ou “doutrinação” que podem ser operadas dissimuladamente por Estados ou instituições (UBILLOS, 2010, p. 798). Por seu turno, o “poder fruir” conecta-se à possibilidade de expressar o pensado, habitualmente por meio da fala, da escrita, da simbologia, mas também por qualquer outra forma de manifestação, das mais singelas às mais inusitadas. Sublinhe-se que tal direito igualmente liga-se a uma dimensão negativa, ou seja, de não ser obrigado a pensar (de uma forma) ou expressar o pensamento (SILVA, 2006, p. 144), afinal, o direito à liberdade de pensamento não

pode converter-se em dever.

Tradicionalmente, o direito à liberdade de pensamento aliado à liberdade de expressão é considerado um elemento essencial da democracia (MATSUI, 1991, p. 13). Um Estado que não efetive verdadeiramente essa ligação não pode adjetivar-se de democrático. É uma união que permite, ao mesmo tempo, que uma pessoa possa exercer sua individualidade, autoexpressão e autodeterminação (pensamentos, críticas, crenças, convicções, ideários, etc.) e que a coletividade possa dialogar livremente, revelando a pluralidade de ideias, racionalidades e sentidos que permeiam uma comunidade. Trata-se, assim, de um direito de todos, ao menos no plano jurídico-formal, não cabendo exclusivamente a certos sujeitos ou a eventuais posições sociais, culturais ou funcionais. Portanto, a concretização desses direitos demanda ações de respeito e defesa (não ser discriminado negativamente em razão de seus pensamentos e manifestações), bem como de promoção (gozar da possibilidade de acesso a mecanismo de e para a fruição do pensamento e da manifestação).

A “censura” – enquanto policiamento ideológico – é a pior das inimigas das liberdades de pensamento e expressão, sendo, nos Estados Democráticos, rechaçada. Muito próxima, mas não equivalente, está a “licença”, que é um instrumento pelo qual o Estado tem poder de, previamente, vedar e autorizar certas manifestações (AGRA, 2010, p. 190). Destarte, isso significa que as liberdades de pensamento e manifestação podem sofrer restrições quando outros interesses tutelados, em direitos de igual hierarquia ou decorrentes desses, mostrarem-se mais pertinentes. É o caso das publicidades que incitam ódio, discriminação ou comportamentos inadequados para crianças e adolescentes. Porém, nem toda restrição é mansa, algumas trazem consigo grandes polêmicas, especialmente aquelas justificadas em elementos vagos como “bons costumes”, “interesse público”, “bem-estar social”, “moral”, “paz social” e a própria liberdade de pensamento e de expressão (MARMELSTEIN, 2013, p. 122-127).

Ainda nesse contexto é válido reiterar que o pensamento e sua manifestação podem ser restringidos tanto em relação ao conteúdo (obscenidade, difamação, discriminação, apologias à ilegalidade) quanto em virtude da forma (barulho excessivo, pôsteres que atrapalham o tráfego, manifestações que causem obstruções desmedidas das vias públicas, fogos

de artifício que expõem terceiros ao perigo) (MATSUI, 1991, p. 21-37). Deve-se atentar, porém, para restrições que eventualmente possam ser consideradas levianas ou discriminatórias, pois fruto de posições culturais hegemônicas, como, por exemplo, a questão dos códigos de vestimenta e das tatuagens (MURDOCH, 2007).

Por outro lado, em alguns países é expressamente vedado o anonimato na manifestação do pensamento. Isso significa, em síntese, que toda expressão deve ter um(a) autor(a) que seja identificável. As razões para tal vedação são em prestígio ao direito de resposta de terceiros, eventual dever de reparação perante terceiros violados pela manifestação, bem como eventual sanção pelos excessos cometidos na expressão

Na esfera jurídico-formal, o direito à liberdade de pensamento está previsto em inúmeras prescrições normativas. No espaço internacional, o direito humano à liberdade de pensamento está previsto no art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷ e também no art. 18, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁸, além de aparecer em outros documentos que tutelem as liberdades civis e políticas.⁹ Ao lado disso, nos espaços nacionais, na condição de “direito fundamental”, tal direito aparece expressamente em pelo menos 80 Constituições (CONSTITUTE, 2016).

3.1 A ligação entre liberdade de pensamento e identidade pessoal

Acima afirmou-se que o direito à liberdade de pensamento equivale ao direito de pensar livremente e poder fruir deste pensamento, podendo representar a manifestação da individualidade, da autoexpressão e da autodeterminação. É ilustrativo dessa situação como, não à toa, cogita-se nos estudos dos direitos morais do autor, a obra como uma extensão de sua personalidade (MARINO, 2013; SOUZA, 2013). Nesse sentido, alguns pensamentos são mais que meros achismos, informações ou opiniões ordinárias sobre o tempo, os esportes, os gostos ou os fatos da vida. Alguns pensamentos são efetivas convicções, ideias fortes e resilientes sobre as coisas e sobre si mesmo.¹⁰ E são essas ideias, essas convicções que formam a identidade de uma pessoa.

Logo, a livre fruição do pensamento por meio da sua manifestação é uma forma de ratificação da identidade pessoal, isso é, de demarcar fronteiras e habilitar conexões entre a identidade e a diferença. Por assim pen-

sar, a liberdade de pensamento e de manifestação acabam sendo meios para o exercício de outros direitos que conformam a identidade humana (questões sexuais, de gênero, políticas, de crença, de ideário, filosóficas, de lazer, etc.), uma vez que tais direitos revelam-se quando performativizados (BUTLER, 2015, p. 56/235).

Por tal razão, essa demarcação e essa habilitação entre identidade e diferença são predispostas aos mais diversos níveis e formas de acontecer. Poderá uma pessoa preferir ser mais reservada e introspectiva em suas posições, ao tempo que outra poderá ser mais extrovertida e efusiva. Por outro lado, cogite-se alguém que se identifica como cristão, heterossexual e humanista, justamente por ter pensamentos que se coadunam com essas perspectivas. Necessitará essa pessoa tanto de uma esfera defensiva (não ser discriminada negativamente) dos direitos de liberdade de crença, sexual e consciência, respectivamente, como também de uma esfera promocional destes direitos.

Fato é que não se *tem* identidade, mas se é identidade (SCHREIBER, 2014, p. 220). E, quanto maior a diversidade de cenários que coabita uma pessoa, maior será o número de elementos identitários que terá (LUCAS, 2014, p. 11); mais complexa será enquanto pessoa. Logo, a identidade não é uma coisa, um objeto que se possa remover a qualquer tempo; ela é um conjunto de convicções pessoais, ainda que eventualmente efêmeras, contraditórias e flexíveis, que ilustram uma pessoa (HALL, 2014, p. 103). Daí porque diga-se que uma identidade é sempre vocacionada a mostrar-se e reafirmar-se ao público, bem como a ofender-se profundamente quando mal interpretada ou negada (LEWIS, 2009, p. 184). Isso em razão de que essa identidade (essa pessoa) é formada por inúmeras identificações e refutações identitárias: quando aquela pessoa disse ser cristã, ao mesmo tempo ela tacitamente não se viu como budista; quando afirmou ser heterossexual, também asseverou silenciosamente não ser homossexual; e, quando definiu-se humanista, implicitamente quis dizer que não era ecocentrista, por exemplo. Enfim, a diferença é o *outro* constitutivo da identidade (HALL, 2014, p. 110). Logo, uma identidade precisa afastar outras identificações, as quais não considera constitutivas de si e, ao fazer isso, acaba afirmando-se (“sou x” e não sou “Y”) (ROSA, 2014, p. 81).

Essas afirmações e negações podem ocorrer de inúmeras formas (fala, escrita, gestos, etc.). Então, quando alguém nega-se a orar ou a can-

tar o hino em uma solenidade, nada mais é do que uma negação daqueles preceitos (nos quais não há identificação identitária) e uma afirmação da sua identidade pessoal. Como quer Foucault (2004, p. 262): “devemos não somente nos defender, mas também nos afirmar, e nos afirmar não somente enquanto identidades, mas enquanto força criativa”. E, se observar-se com atenção perceber-se-á que muitas das tensões sociais, culturais, políticas e jurídicas (para ficar apenas nestas) são tensões identitárias, ou melhor, de afirmação e/ou negação da identidade. O plano de fundo, vale destacar, são tramas entre posições emergentes e posições estabelecidas; entre opressão e emancipação.

3.2 Direito à liberdade de pensamento no caso do servidor público: a tensão entre o direito à liberdade de pensamento e a condição de servidor público

Na história pós-Segunda Guerra Mundial, inúmeros casos semelhantes ao “caso Kimigayo” foram julgados de modo distinto ao redor do globo. Casos, portanto, envolvendo a liberdade de pensamento e expressão de um servidor público. A distinção nos desfechos evidencia como os aspectos socioculturais são determinantes na forma de interpretação do direito à liberdade de pensamento. Significa que, não obstante tal direito, geralmente, venha enunciado de modo amplo, como “todos têm direito à liberdade de expressão”, um brasileiro pode ter problemas no Japão ou um americano na Europa. Infelizmente, no espaço e pretensões desse texto, não há qualquer possibilidade de uma varredura completa dos casos mais recentes acerca da liberdade de pensamento e de expressão do servidor público. De qualquer sorte, indica-se em rodapé leituras¹¹ que se propuseram a isso e casos¹² ilustrativos que trataram da temática.

Vale sintetizar, contudo, dois pontos centrais. Primeiro, a tendência, no oriente, de uma preocupação maior com o coletivo e, assim, maiores restrições à liberdade individual de pensamento e expressão; já no ocidente, o inverso ocorre, prestigiando-se a liberdade individual. Se estipulada uma régua onde um extremo é o Japão e outro é o Brasil, de lá para cá, tem-se claro abrandamento nas restrições às liberdades de pensamento e manifestação (ainda que permaneçam, eventualmente, pressões ou sanções simbólicas).

Segundo, que o debate sobre a liberdade de pensamento e expressão

do servidor público tende a desaguar na discussão sobre a “condição de servidor público” não equiparar-se – positiva e negativamente – a uma “pessoa comum”. Nesse sentido, é comum a defesa de que o servidor público possui deveres e obrigações que demandam restrições àqueles direitos, assim como que essas restrições são voluntárias, isto é, anuídas pelo sujeito no momento em que aceita a função pública. Em tal contexto, costuma-se afirmar que a liberdade de pensamento e expressão do funcionário público cede mais facilmente a questões vagas e dependentes de contextualização como “bem comum”, “paz social”, “interesse público”, “segurança nacional”, “proteção da moral”, etc.

Para exemplificar, veja-se que na Europa há clara tendência da Corte Europeia de Direitos Humanos de restringir a liberdade de pensamento e expressão dos servidores públicos com base na teoria dos “deveres e responsabilidades” prevista no art. 10, item 2, da Convenção Europeia sobre Direitos humanos (COUTINHO, 2012, p. 153). De acordo com tal lógica, os servidores públicos são pessoas “diferenciadas” que atraem para si certos deveres e responsabilidades que não competem às pessoas comuns, tudo em nome de elementos vagos como ordem pública, segurança nacional, proteção da honra e da moral, dentre outros.¹³ Além disso, outras restrições podem aparecer em documento nacionais de hierarquia infraconstitucional.

Já nas américas, as Constituições dos países democráticos costumam conter cláusulas mais amplas acerca da liberdade de pensamento e de expressão, não contando expressamente com a teoria dos “deveres e responsabilidades” do servidor público. É o caso, por exemplo, da primeira emenda da Constituição norte-americana e do art. 5, IV e VI, da Constituição Brasileira. As anotações restritivas costumam aparecer em documentos infraconstitucionais, devendo alinhamento à Constituição sob pena de serem afastadas. Logo, aqui as restrições são nascidas da interpretação caso a caso, uma vez que são, na verdade, adequações, situações proporcionais, entre o texto legal, seus objetivos e a lógica constitucional.

Observe-se, em face do até então exposto, que as restrições ou são escoradas em elementos vagos ou são nascidas de um processo validação constitucional, significando dizer que o princípio da (estrita) legalidade que envolve todo o serviço público é sempre desafiado/ameaçado diante

da interpretação caso a caso. Ora, o que se entende por “paz social”, por exemplo? Seria o silêncio de funcionários públicos que insubordinam-se contra ordens que julgam ser desproporcionais ou violadoras da sua dignidade? E o mais comum é que há uma tendência global de editar leis, estatutos e assemblados que limitam, senão cerceiam a liberdade de pensamento e expressão dos funcionários públicos.

A par de toda teoria contemporânea sobre as restrições aos direitos fundamentais (FREITAS, 2007) e sobre a interpretação *pro homine* dos direitos humanos (SGARBOSSA, 2009), pondere-se o que segue. A organização burocrática de cariz weberiana no serviço público é uma noção amplamente praticada em diversos países e está geralmente aliada ou condicionada pelo direito à legalidade. É uma organização que aposta em alguns princípios, tais como a impessoalidade, a formalidade-rígida, a racionalidade, a previsibilidade, a hierarquia, para ficar nestes. O servidor público, nesse sentido, é mais uma peça que compõe uma ampla máquina que possui mecanismos de autoimunização contra a “falta de peças” (WEBER, 2012, p. 9-12). De certo modo, tal organização aposta na pureza e na neutralidade das relações entabulada com e a partir do servidor público, como se ele fosse um fiel executor das determinações que lhe atingem, independentemente das questões que lhe agitam interna e externamente.

Mais peremptória torna-se a situação quando percebe-se que as organizações burocráticas assemelham-se (e podem até mesmo fundar-se) a ordens com raízes calcadas em posições austeras, intransigentes e/ou fundamentalistas, como aquelas nascidas ou herdadas do militarismo, da supremacia incondicional da maioria (travestida, não raro, de “bem comum” ou “ordem pública”) e/ou de alguns dogmas religiosos, respectivamente (JUSTEN FILHO, 2005, p. 565). E isso é bem demonstrado pela perspectiva do serviço público que costuma posicionar seu funcionário em uma situação diferenciada em relação a outra pessoa não servidora pública (lida como “comum”). Ao servidor público, nessa matriz, não é facultado ter a mesma “liberdade”; a ele cabe uma liberdade reduzida, sob o argumento de que o servidor público não é uma pessoa comum (COUTINHO, 2012, p. 149). Tal lógica irradia-se por todos os setores do “serviço público” em maior ou menor medida e de modo mais ou menos rígido.

A perversidade do argumento dilata-se quando invoca-se a ideia de “renúncia voluntária” por parte do servidor público, no exato momento em que ele aceita a nomeação para o seu cargo. Ocorre uma inversão ideológica (ALFARO, 2010), segundo a qual não é o Estado que está cerceando certas liberdades, mas sim o servidor que está espontaneamente relativizando-as. No mesmo sentido vão as justificações *rationae personae* (em razão da pessoa) que reificam a pessoa humana, ou seja, colocando-a como objeto/servo do Estado ou da Comunidade, a fim de lhe cercear determinados direitos. De servidor público a pessoa torna-se servidor do público. Nesse caso, o sujeito deixa de ser parcialmente pessoa humana para transformar-se em servidor público, como se este não fosse àquela¹⁴ (COUTINHO, 2012, p. 165).

Daí porque seja contumaz a crítica que revela a brutalidade do ato de controlar/censurar (por meio do físico ou do simbólico) a liberdade de pensamento e de manifestação de um servidor público com base nas razões acima indicadas – ou mesmo em razões que não tratem de uma violação legal em si (ideia de legalidade substancial). Ora, as convicções que formatam certos pensamentos, especialmente os afetos à consciência e à crença, igualmente formatam a identidade pessoal. Assim sendo, negar à liberdade de pensamento do servidor público nada mais é que negar a sua identidade pessoal: e nada mais brutal psiquicamente do que negar o que uma pessoa é.

E, note-se, foi exatamente o que a Suprema Corte Constitucional Japonesa fez, escudada em supostos argumentos jurídico-constitucionais. Inicialmente, observe-se que a negativa do professor era por entender que contrariava suas convicções e o colocava em uma situação de hipocrisia. Em síntese: que violava sua identidade. Ademais, sublinhe-se que o resultado final poderia ter sido obtido com ou sem o professor, por meio de uma gravação. Apesar disso, a Corte julgou que o comando hierárquico do diretor determinando que o professor de música tocasse o hino (a) não negava ou proibia sua perspectiva político-histórica-ideológica, (b) não impunha confissão ou uma visão político-histórica-ideológica específica e (c) não conectava direta e inseparavelmente à liberdade de pensamento do professor com o conteúdo do hino.

Aparentemente, algo de lógica muito semelhante ocorreu no regime nazista, cujo relato é pontualmente retratado por Arendt (1999) ao apre-

ciar o julgamento de Eichmann: ‘não é você que está matando os judeus, você apenas despacha o trem para os campos de concentração (onde os judeus são assassinados); você é apenas um burocrata; não há ligação entre o que você faz e o que nós (Estado) pensamos’. Eis a banalidade do mal: fazer crer que certos fatos são apenas fatos em si, neutros, puros, externos, burocráticos; fazer crer que a pessoa, na condição de funcionário público, é uma “folha em branco”, despersonalizado da sua identidade e do seu contexto e, portanto, imune e indiferente às ordens que recebe. É esse tipo de argumento que vinga, por exemplo, em espaços não-democráticos, como os militarizados, em que a hierarquia e a subordinação são justificadas em nome de um bem maior que, não raro, redundam em objetivação humana e atos de violência. Ademais, o servidor público não é um ator que interpreta um personagem em uma obra ficcional cujo roteiro foi escrito por um terceiro e que os observadores claramente perceberão a “fantasia” da encenação. Ao revés, trata-se da sua realidade, da sua vida, *uma* vida: sem roteiro, sem legendas e sem notas explicativas.

A importância é reiterada quando percebe-se o número de funcionários públicos existentes no mundo. Ilustrando: em 2012, o Brasil possuía cerca de 3 milhões e duzentos mil (1,6% de toda população) (IBGE, 2012); os Estados Unidos possuía cerca de 22 milhões de funcionários públicos (aproximadamente 7% da população) (USCB, 2013); a Espanha possuía 2 milhões e setecentos mil servidores públicos (cerca de 5,9% da população) (EL PAIS, 2015); e o Japão possuía aproximadamente 3 milhões e quinhentos funcionários públicos (cerca de 2,7% da sua população) (OECD, 2012). Ora, são milhões de vidas, de identidades à mercê de comandos abstrato-formais que lhes cerceiam parte de seus direitos.¹⁵

Em face disso, nota-se claramente que a análise da Corte japonesa foi em relação a terceiros, isso é, nenhum terceiro iria achar que o professor alinhava seu pensamento com o conteúdo do hino; nenhum terceiro irá pensar que o servidor público é uma pessoa comum. Porém, mais sensível seria, nesse caso, que a análise fosse perante o indivíduo afetado, já que é ele quem deverá conviver com o fato de ter sido obrigado a fazer e ser punido por não-fazer algo que ia diretamente contra sua identidade. Aliás, costuma-se dizer que a ideia de dignidade da pessoa humana conecta-se a não ser tratado como objeto e não ser colocado em situação desumana¹⁶ (SARLET, 2004, p. 59-60). Se isso pode ser considerado cor-

reto, então, o argumento de que o servidor público não é uma “pessoa comum” nada mais faz do que violar sua dignidade humana, no exato momento em que lhe coloca subordinado a ordens que não atenderia se pessoa comum fosse.

Isso não significa dizer, todavia, que o direito à liberdade de pensamento e expressão são absolutos. Obviamente existem situações que merecem ser consideradas como justos elementos de limitação. Porém, significa, na verdade, que há uma forte tendência global de que as razões e formas que limitam tais direitos, no caso do servidor público, não seguem lógicas efetivamente deferentes à dignidade humana e emancipadoras do sujeito em um Estado Democrático de Direito. Ao revés, a tendência é de limitar-se antes do ocorrido; de oferecer respostas antes das perguntas em matéria de direitos humanos/fundamentais que são sempre carecedores de interpretação caso a caso.

Essa colocação diferenciada da pessoa humana no título “servidor público” nada mais é que outra forma de uma redução da complexidade da realidade, obrada pelas lógicas da modernidade, que serve para operacionalizar certas questões em favor da ideologia e das forças hegemônicas em cada sociedade.

4. EM QUE SENTIDO SÃO OS DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS?

Viu-se dos casos analisados neste estudo (Kimigayo e demais casos) que, não obstante o direito à liberdade de pensamento (e, consequentemente, de expressão) seja previsto como “direito humano”, sua concretização pode não se realizar ou, no mínimo, apresentar diversos matizes de significado no momento de sua interpretação. E isso ocorre confluindo os cenários internos (várias interpretações do mesmo direito em uma jurisdição) com os cenários externos (várias interpretações de o mesmo direito em jurisdições diferentes). A título de efeitos concretos, muito embora o direito à liberdade de pensamento seja considerado um direito humano universal, sua concretização acaba sendo particularizada no contexto em que é analisado, podendo, não raro, ser subjugado pelas posições hegemônicas e/ou ideológicas, perdendo a sua condição de direito basilar à pessoa humana. Logo, os problemas de interpretação são mais que simples contextualizações: são tensões de poder (de opressão e emancipa-

ção), as quais são bem visualizadas quando se pensa que uma pessoa, em um país/cultura específica, preferiria a interpretação de outro país/cultura sobre o mesmo direito, porque esta atende melhor à sua dignidade.

Em face disso, cabe questionar: em que sentido são os direitos humanos universais (e quais as implicações daí decorrentes)? Para elaborar uma resposta para ambos os questionamentos sugere-se perpassar por três abstrações que envolvem os direitos humanos: a abstração do fundamento da “essência humana”; a abstração “juridicista (formalismo jurídico)”; e, a abstração do “universalismo”. Essas três situações têm causado relevantes prejuízos à concretização dos direitos humanos, notadamente por alargarem o “paradoxo fundamental dos direitos humanos”¹⁷ (PRONER, 2002, p. 18) ou, em outros termos, alimentarem a absurda fissura entre o que *se diz* e o que *se faz* sobre direitos humanos (GALLARDO, 2014, p. 17).

Argumenta-se, e não sem razão, que “talvez o caráter ‘pós-histórico’ dos direitos humanos deva ser buscado no paradoxo do triunfo do seu espírito que tem estado afogado na descrença universal a respeito de sua prática”, o que pode ser atribuído à manipulação dos direitos humanos enquanto discurso, nascido como expressão de rebeldia e divergência e transformado em um discurso de legitimidade do Estado. Em sua origem, “[...] os direitos humanos eram um fundamento transcendente da crítica contra o que é opressivo e do senso-comum”, contudo, hoje se encontram abafados “por diplomatas, políticos e juristas internacionais que se reuniram em Viena, Pequim e em outras festanças dos direitos humanos a fim de reaver o discurso das ruas para os tratados, as convenções e os especialistas.” (DOUZINAS, 2009, p.23-25).

Quanto à *abstração do fundamento da essência humana*, o problema reside numa dupla crença: primeiro que exista uma essência humana de cariz universal e atemporal e, segundo, que tal essência possa ser reconhecida. Essa leitura é tradicionalmente entabulada pelas perspectivas positivistas ou jursnaturalistas. Sob a perspectiva jusnaturalista, os direitos humanos apareceriam como entidades metafísicas, praticamente como valores, de certo modo, portanto, também conectadas à “essência humana”, que repousariam na “Asgard dos direitos humanos”, aguardado à iluminação terrena que os positivasse em algum documento jurídico para maior garantia. Nessa via, os direitos humanos são todos previamen-

te existentes, muito embora não todos “ainda” reconhecidos pela humanidade, isso é, vão historicamente revelando-se ou sendo revelados e, então, positivados legalmente ou reconhecidos juridicamente.

Já na perspectiva positivista dos direitos humanos, parte-se da noção de que os direitos humanos estão previstos legalmente em documentos jurídico-políticos (habitualmente de nível internacional), estendendo-se a todos os seres humanos indistintamente, pelo mero fato de terem nascido. É o que se lê, por exemplo, do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹⁸ Sob essa lógica, os direitos humanos possuem seu fundamento na “essência humana”, a qual é, em razão disso, universal e atemporal (GRUBBA, 2015, p. 270).¹⁹ Não obstante o fundamento resida nessa suposta “essência humana” universal e atemporal, os direitos humanos tendem a aparecer historicamente situados, como respostas institucionais jurídicas a determinadas situações. São, assim, representados pelas chamadas “gerações” ou “dimensões” de direitos humanos. Por seu turno, sua legitimidade é estritamente vinculada às questões institucionais que preveem a edição normativa desses direitos, como é o caso dos procedimentos para o aceite de tratados internacionais e assemelhados. Por tal via, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, equivale ao desdobrar da “essência humana”, com a consequente explicitação dos direitos humanos que são inatos e universais. Com efeito, todos os serem humano têm direitos, independentemente de suas realidades. Cogita-se, desde aí, que o problema dos direitos humanos é mais concretizá-los e menos fundamentá-los (BOBBIO, 2004, p. 23).

O grave problema da abstração da essência humana é a reificação que ela elabora. Ao afirmar que existe uma essência humana universal e atemporal, se está a dizer que os seres humanos possuem uma “forma correta/normal/natural” de ser e mesmo um “objetivo correto/normal/natural” a perseguir. Ao naturalizar-se tal questão, ela acaba sendo absorvida pela ideologia e, a partir daí, todas as demais formas de pensar são “incorretas/anormais/não-naturais”. Todavia, Sartre (2010, p. 18) foi pontual ao afastar esse tipo de fundamentação ao sustentar que, no caso dos seres humanos, a existência precede a essência. Ora, os seres humanos não são coisas; não são objetos que podem ser iguais e servirem para a mesma coisa em qualquer rincão do mundo. Uma caneta pode possuir “essência”²⁰; ela sim possui um conceito prévio que lhe dá razão de ser, já

que não se imagina que alguém pudesse fabricar uma caneta sem cogitar previamente para que serviria. No caso dos seres humanos, porém, isso não ocorre. Não há um artífice soberano que imponha que os seres humanos seriam de um jeito e para tal fim. Assim, primeiro o ser humano nasce para só depois, dependendo de uma série de variáveis, ser alguma coisa.

Além disso, essa visão essencialista acaba menosprezando, senão barrando, o valor das condutas sócio-históricas encampadas por determinadas pessoas, removendo o valor político de suas ações. Como bem posiciona Gallardo (2014, p. 21), a eficácia jurídica dos direitos humanos é inseparável da discussão do seu fundamento enquanto tais, perpassando, portanto, obrigatoriamente, pelas tramas sociais, ou seja, por questões culturais, políticas, econômicas e sociais de um determinado contexto. Assim sendo, o fundamento dos direitos humanos é vinculado à conflitualidade social: as tensões entre grupos emergentes e grupos estabelecidos; entre privilegiados e oprimidos; entre iguais e desiguais. É um fundamento material e não metafísico ou jurídico-formal.

Por sua vez, a *abstração jurídicista* (formalismo jurídico) condiciona os direitos humanos à exclusividade do “mundo jurídico”. Direitos humanos passam a ser tão somente determinadas previsões legais, cuja interpretação é elaborada apenas por um grupo de especialistas acadêmicos ou institucionais. Deixa-se de valorar que os direitos humanos conjugam elementos da luta social, da reflexão teórica, da sensibilidade sociocultural e do seu reconhecimento e concretização jurídico-positivo-institucional (RUBIO, 2010, p. 13), simplificando-os, abstraindo-os ao elemento jurídico.

Em oposição a isso é que Herrera Flores (2010, p. 98) assevera que direitos humanos são: “*el conjunto de procesos sociales, económicos, normativos, políticos y culturales que abren y consolidan – desde el ‘reconocimiento’, la ‘transferencia de poder’ y la ‘mediación jurídica’ – espacios de lucha por la particular concepción de la dignidad humana*”. Portanto, vão além das regras jurídicas (positivismo) e ficam aquém dos idealismos morais (FLORES, 2010, p. 78). Por serem o conjunto de processos em prol da dignidade humana, são veiculados por “meios”, os quais podem ser jurídicos (direitos, deveres, ações, sentenças, etc.), mas também podem ser políticos, sociais e culturais (eleições, protestos, projetos sociais e culturais, resistências individuais, caridade, etc.), dentre

outros. Ao abstrair os direitos humanos nas legislações, retira-se uma de suas principais características que é o caráter revolucionário e dissidente de suas ações de resistência e emancipação (DOUZINAS, 2009, p. 384). Os direitos humanos acabam domados pelo Estado e, quando isso ocorre, quando o Estado detém os direitos humanos em um sentido unilateral, as pessoas os perdem²¹ (HINKELAMMERT, 2002, p. 284).

De forma muito próxima está a *abstração do universalismo*, segundo a qual todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Essa questão é uma decorrência direta da abstração do fundamento da essência humana e da abstração do juridicismo: se todos são seres humanos, todos merecem ter os mesmos direitos, os quais estão positivados em certo documento. É a posição plasmada na perspectiva do “universalismo dos direitos humanos”.

Os problemas passam a surgir da inobservância da realidade, ou melhor, quando a realidade contesta as abstrações e demonstra como os direitos humanos precisam ser conquistados e ratificados diariamente. A realidade sempre questiona: se o Estado que promete saúde tem recursos suficientes para atender; se a educação acolhe as necessidades específicas dos alunos ou está descontextualizada; se a cultura não está operando uma inversão ideológica²² em nome dos direitos humanos, como no caso da mutilação genital feminina; se o sistema prisional está adequado à dignidade humana que o Estado compromete-se a promover; se a interpretação de igualdade é apenas tolerância à desigualdade ou efetivo respeito às diferenças, etc.

Essa abstração faz com que os direitos humanos sejam o lugar comum do qual se parte e não no qual se chega ou se encontra a pluralidade. Nesse sentido, é como se um punhado de previsões normativas fossem lançadas sobre os Estados e, partir disso, que fosse feito o melhor possível, cada qual a sua forma (particular), mas sem efetivas garantias (sem universalidades). As pessoas passam a ter muitos direitos e poucas possibilidades ou interesse de gozá-los (FLORES, 2009, p. 60). Não deixa de ser, ademais, uma forma de particularismo, já que hegemoniza a visão ocidental sobre direitos humanos ao restante do planeta (um localismo ocidental globalizado) (SANTOS, 2006, p. 438).

Vide, para ilustrar, o simbólico caso da mutilação genital feminina na Somália, onde cerca de 98% das mulheres sofreram essa prática e se-

guem a sofrer²³, não obstante a sua Constituição de 2012 proíba expressamente no art. 15 e diga fundar-se na proteção dos direitos humanos e no Estado de Direito – art. 3, (4) (BARTHET, 2016; SOMÁLIA, 2016). O que esse exemplo revela? Basicamente que as abstrações (essência humana, juridicismo e universalismo) que estimulam os direitos humanos não possibilitam efetivas emancipações, tampouco universais. Na forma posta, os avanços são pulverizados e beneficiam apenas certos grupos. A forma tradicional estabelecida é um pacto de mediocridade: de um lado se-faz-de-conta que se asseguram direitos humanos e, de outro lado, se-faz-de-conta que se tem direitos humanos. E esse movimento é conservador na exata medida que propicia que as realidades permaneçam como estão (“conservem-se” com suas violações), já que impõem um teto raso às possibilidades emancipatórias dos direitos humanos e, assim, da dignidade da pessoa humana.

Porém, a aposta em um “multiculturalismo”, em perspectivas particularistas, também não parece fugir dessa abstração, além de gerar outros obstáculos aos direitos humanos. O particularismo, no cenário em que se impõe, acaba tornando-se um universalismo, já que absolutiza sua posição naquela comunidade, tendendo a barrar manifestações dissidentes do modelo tradicional. Em outros termos, não é estranho a certos particularismos – notadamente os de cariz fundamentalista ou radicais – que haja uma espécie de “aprisionamento cultural” tendente à violação de direitos individuais afetos, notadamente, à personalidade (PIOVESAN, 2008, p. 149). Afinal, não se deve olvidar que sempre haverá uma minoria dentro de uma minoria.

Em qualquer dos casos (“universalismo de partida” ou “localismo”) há uma “universalização abstrata” que tende a criar um modelo com forte vocação à naturalização. Uma vez naturalizado, torna-se o tradicional (e, assim, o normal). Tal abstração, portanto, tende a desconsiderar ou/e obstaculizar formas não-tradicionais de ver e expressar a dignidade humana e seus prolongamentos, forçando a aceitação do padrão. Gera-se, até mesmo, uma cultura anestesiada sobre direitos humanos (RUBIO, 2007), de aclarada postura delegativa e resignada para com o abismo entre o que se diz e o que se faz sobre direitos humanos.²⁴

Nesse cenário, surge como alternativa a noção de interculturalidade ou universalismo de confluência/chegada (FLORES, 2008, p. 151;

RUBIO, 2014, p. 55). Na interculturalidade aposta-se no universalismo, mas não em um universalismo de partida (onde todos têm os mesmos direitos no início, independentemente das suas realidades, pelo fato de terem nascido) e, sim, em um universalismo de chegada, onde o conjunto de direitos universais aparece ao final, ciente das realidades envolvidas. Aposta-se na possibilidade de arquitetar um rol mínimo de direitos humanos – um mínimo ético irreduzível e universal (PIOVESAN, 2006, p. 9) – que seja, efetivamente, o extrato do diálogo entre as mais diferentes culturas e posições sobre a dignidade humana. Tal aposta, ademais, escuda-se no reconhecimento de que todas as culturas são, ao mesmo tempo, relativas, incompletas e problemáticas, demandando incessante diálogo intercultural para uma (re)significação da ideia de dignidade humana²⁵ (SANTOS, 2006, p. 445-447). Ao fim e ao cabo, a conclusão será um universalismo, porém, um que é dinâmico (sendo sempre aberto ao diálogo) e (re)nascido das tramas sociais que tencionam opressão e emancipação – afastando-se, portanto, da concepção tradicional-ocidental de direitos humanos. Pode-se dizer que o interculturalismo redundando em um universalismo que nasce da confluência de localismos – mas que, todavia, não se trata de um multiculturalismo²⁶ (LOPES, 2008, p. 32), tampouco nega pontos estratégicos que devem ser universais.

Por oportuno e pertinente, sublinhe-se que o interculturalismo, em sendo um “universalismo de chegada”, reconhece a importância que os limites contramajoritários possuem – temática bem desenvolvida pelos estudos mais sofisticados sobre constitucionalismo contemporâneo e Estado Democrático de Direito. Há uma série de assuntos e formas de abordá-los que devem ficar no “círculo do indecível”, ou seja, não podem sucumbir às paixões e hegemonias do cenário político-cultural. Somente assim, as diferenças, as minorias e as pessoas em situação de opressão possuem alguma chance de efetiva resistência e manifestação institucional.²⁷ De certo modo, o diálogo que propõe o interculturalismo plantea esse mínimo universal de direitos e de interpretações, ciente de que nem tudo vale o mesmo, não podendo ser equiparadas posições que sejam discriminatórias com outras emancipatórias, por exemplo. A diversidade de pensamento, de culturas e de comportamentos depende diretamente da garantia desse mínimo universal (FERRAJOLI, 2006, p. 13-14).

Diante do exposto, volta-se a questão exordial: em que sentido são

universais os direitos humanos? Atualmente e seguindo-se a trilha deixada pela teoria tradicional (“universalismo de partida” adotado pela ONU) que os operacionaliza no seio das instituições estatais, o que os direitos humanos têm de universal são:

- a) o seu não-cumprimento e a sua violação (FLORES, 2008, p. 105);
- b) o fato de que sua universalidade o é somente no plano abstrato-formal das legislações;
- c) a noção de que todos têm direitos humanos desde seu nascimento, pelo fato de possuírem a “essência humana”, independentemente das suas necessidades pessoais e dos contextos sócio-histórico-culturais em que estão inseridos. Como extrato tem-se o direito a ter direitos, mas não necessariamente os direitos em si;²⁸
- d) a vocação gestacional de uma cultura anestesiada sobre direitos humanos, na qual a concretização desses direitos é majoritariamente delegada ao Estado e exclusivamente embasada nos documentos jurídicos – removendo a importância de outros aspectos vinculados à sociedade, à cultura, à política e à individualidade (RUBIO, 2007, p. 12);
- e) a possibilidade do uso reiterado da inversão ideológica formatada em discursos ditos “pró-direitos humanos”, mas que, no fundo, escondem “ismos” (fundamentalismo, moralismo, dogmatismo, humanismo, radicalismo, etc.) e acabam violando direitos humanos. Prática, aliás, não raro alimentada por “instituições acima de qualquer suspeita” (como a família, o Estado, o Mercado, a sexualidade, enfim, instâncias simbólicas supostamente neutras e essencialmente “boas”) (GALLARDO, 2014, p. 77);
- f) a ampla margem para a interpretação dos direitos humanos a partir da ideologia e dos padrões hegemônicos (no seio de cada cultura e cada Estado) obstaculizando a manifestação contramajoritária e/ou de resistência de outras perspectivas acerca deles, em razão de não considerar/assegurar seriamente a “esfera do indecível”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS... SOBRE SENTIDOS POSSÍVEIS PARA DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS

Nas últimas décadas do século XX, fala-se e sente-se com todo o vigor em globalização, cujo conceito e efeitos, hoje, soam quase como truísmo. A despeito do que poderia insinuar o termo, contudo, prenunciando

“o surgimento de uma sociedade mundial harmoniosa, ou de um processo universal de interação global em que haja uma convergência crescente de culturas e civilizações”, por afetar de maneira desigual a população mundial, a globalização firma-se como um processo excludente e desagregador, dando origem a novas animosidades e conflitos (HELD; MCGREW, 2001, p. 13).

Em um mundo marcado pela diferença, pelo relativismo e pela pluralidade, então, o que se pode dizer que resta de universal? Talvez seja esse justamente o desafio: desapegar-se do que foi legado pela modernidade em séculos passados e construir um ponto de convergência inicial para a consolidação de uma realidade baseada no diálogo e na cooperação.

Nesse sentido, o próprio caráter de universalidade dos direitos humanos, especialmente nos termos propostos e consagrados pelos documentos internacionais, que têm como grande marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, considerando a sua evolução histórica ocidentalizada e o fato de ter sido (pelo menos inicialmente) assumida pelos vencedores da guerra, tende a contribuir para a identificação de um discurso hegemônico, tipicamente moderno.

Vistos dessa maneira, os direitos humanos tendem a ser sempre um instrumento de “choque de civilizações”, mais precisamente, do ocidente contra o “resto do mundo”. A universalidade (que não acontece na prática) responde a uma aspiração de completude cultural em torno de determinados valores fundamentais, mas acaba por negar a universalidade do que questiona (SANTOS, 2010, p. 442-443).

Ora, trata-se de uma universalidade meramente simbólica, além de irreal e desagregadora, pois pretende impor-se de maneira uniforme a toda variedade que o mundo pós-moderno escancara.

Cumpra a referência, todavia, de que o usual argumento contra a universalidade dos direitos humanos elaborado pelas correntes relativistas vale-se de uma leitura redutora do multiculturalismo encontrado na sociedade humana. Baseada na constatação antropológica quanto à existência de diferentes valores, hábitos e práticas sociais que se expressam por variadas formas culturais, a concepção relativista não acredita na possibilidade de satisfação igual e equânime das exigências de bem-estar de todos os seres humanos, por pressupor que não há qualquer semelhança entre as pessoas que comporte generalizações. No entanto, a própria ob-

servação antropológica demonstra que algumas necessidades humanas são universais por seu caráter e essência, e não meramente locais, podendo, por essa razão, ser classificadas como comuns a todos os grupos sociais ou, simplesmente, como *humanas* (BARRETTO, 2010, p. 239-240).

Sublinha-se, ademais, que o caráter universal dos direitos humanos não se deve ao fato de serem (supostamente) compartilhados universalmente, mas sim ao fato de que são destinados a todos, indistintamente. São normas jurídicas heterônomas cuja validade dispensa um respaldo consensual, aliás, precisam ser formalmente estabelecidas justamente porque um consenso não pode ser deduzido, em qualquer cultura que seja. Não se trata, pois, de negar a cultura, trata-se apenas de não permitir que ela prevaleça sobre os direitos das pessoas (FERRAJOLI, 2008, p. 149-150).

Nesse sentido, a universalidade que aqui se postula aos direitos humanos não pretende negar a importância da cultura, da comunidade ou da historicidade, apenas sustenta uma presença moral não condicionada por fatores histórico-sociais ou quaisquer outros que não a condição de humano. Assim, “os direitos humanos representam um progresso moral da humanidade como um todo, pois estabelecem um conjunto de direitos que se devem os homens reciprocamente para proteger a sua condição humana universal” (LUCAS, 2010, p. 268).

Considerando as transformações em curso, a satisfatória garantia desses direitos reclama, além da adequada proteção das Constituições nacionais, o respaldo por regimes, leis e instituições de alcance global (HELD; MCGREW, 2001, p. 89), cuja fundamentação e legitimidade de atuação poderão ser buscadas justamente no elemento de universalidade dos direitos humanos.

Mesmo Boaventura, por exemplo, que se recusa a aceitar esse caráter por identificar aí uma prática hegemônica, admite alternativas e possibilidades de uma transformação cosmopolita dos direitos humanos, para o que propõe um procedimento hermenêutico denominado *hermenêutica diatópica* (SANTOS, 2010, p. 441-470). A partir da superação de uma série de contradições, é reconhecido o potencial contra-hegemônico dos direitos humanos, desde que reconstruídos interculturalmente.

Ao encontro dessa perspectiva, Bolzan de Moraes admite que a lógica humanitária permite a projeção de “um pensamento universal de-

mocrático que não vise à difusão de um modelo único, desde um ‘lugar’ único, mas a emergência em diversos lugares de uma vontade (um desejo) de reconhecer direitos comuns a todos os seres humanos [...]”; de modo a harmonizar e não unificar posições (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 129-130).

A universalidade, portanto, é uma condição necessária e imprescindível dos direitos humanos, possibilitando que a cada pessoa individualmente considerada, isso é, independentemente de suas características particulares, seja reconhecido o mesmo valor inalienável. Desse modo, a vigência de tais direitos “é incontestável e não pode ver-se diminuída por problemas jurídicos concernentes a sua realização prática” (JULIOS-CAMPUZANO, 2008, p. 115), já aproveitando para rebater outra vertente de críticas que costuma ser direcionada à universalidade.

Em suma, para que no Japão, no Brasil ou em qualquer outra parte do globo as pessoas possam ter garantidos e respeitados os seus direitos, não se pode prescindir de um mínimo ético comum quando se fala em direitos humanos, pois liberdade é liberdade e não deve ser condicionada e dosada conforme a localização geográfica de quem a reclama.

Esse mínimo ético comum, no entanto, de modo algum pode ser imposto; ao contrário, precisa abraçar toda a variedade do mundo e a partir daí alcançar, por meio da consideração e do respeito às diferenças humanas e culturais, um sentido possível para a universalidade dos direitos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALFARO, Norman José Solórzano. **Derecho moderno e inversión ideológica: una mirada desde los derechos humanos**. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera;

CARVALHO, Salo de (Orgs). **Novos pressupostos para a temática de direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 30-54.

ARENDT, Hannah. **Eichmman em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros**

temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

BARTHET, Elise. L'excision bientôt interdite en Somalie? In: **Le Monde - Afrique.** 2016. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/03/28/l-excision-bientot-interdite-en-somalie_4891261_3212.html>. Acesso em: abr. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CANDAU, Vera Maria. Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença. In: **Revista Brasileira de Educação,** Rio de Janeiro, v. 13, n. 37, p. 45-56, Apr. 2008.

CAPELLA, Juan Ramón. **Los ciudadanos siervos.** Madrid: Trotta, S.A., 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição : direito constitucional positivo.** 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** 5.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

CONSTITUTE. **The world's Constitutions to read, search, and compare.** Disponível em: <<https://www.constituteproject.org>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

COUTINHO, Simone Andréa Barcelos. Liberdade de manifestação do pensamento do servidor público. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.) **A liberdade de expressão na jurisprudência do STF.** Brasília: IDP, 2012.

DESERET NEWS. **Suicide spurs debate over Japan's flag, anthem.** 1999, p. 10 – Salt Lake City, Utah. Disponível em: <<http://news.google.com/newspapers?nid=336&dat=19990405&id=RAxRAAAAIBA&sjid=HOWDAAAIBA&pg=5823,2604465>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

DIAS, Felipe da Veiga. **Liberdade de imprensa e informação versus**

direito à privacidade e à imagem: um olhar hermenêutico constitucional na perspectiva democrática. 2011. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

EL PAIS. **Evolución del número de funcionarios en España**. 2015. Disponível em: <<http://elpais.com/>>. Acesso em: abr. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Sobre los derechos fundamentales y sus garantías**. 2006. Disponível em: <<https://dhunam.files.wordpress.com/2008/10/luigi-ferrajoli.doc>>. Acesso em: abr. 2016.

_____. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

FLORES, Joaquim Herrera. **La reinención de los derechos humanos**. Andalucía: Atrapasueños, 2008.

_____. Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres precisiones conceptuales; In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquim Herrera; Carvalho, Salo de (orgs.). **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

_____. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FOUCAULT, Michel. Michel Foucault, uma entrevista: sexo, poder e a política da identidade. In: **Verve**, 5, pp. 260-277, 2004

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007.

FUJITA, Akiko. **Japanese teachers balk at Anthem that glorifies emperor**. 2011. Disponível em: <<http://abcnews.go.com/International/japanese-teachers-fight-flag-salute-national-anthem-enforcement/story?id=12909556>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

GALLARDO, Hélio. **Teoria Crítica: Matriz e possibilidade de direitos humanos**. São Paulo: Unesp, 2014.

GRUBBA, Leilane Serratine. **O problema do essencialismo no Direito: inerentismo e universalismo como pressupostos das teorias que susten-**

tam o discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos. 283 p. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015.

HALL, Stuart. Quem precisa da identidade? In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. 15. ed. Petrópolis: Vozes, pp. 104-133, 2014.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HINKELAMMERT, Franz. La rebelión en la tierra y la rebelión en el cielo: el ser humano como sujeto. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquim Herrera; Carvalho, Salo de (orgs.). **Anuário ibero-americano de direitos humanos (2001/2002)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

HUDSON JR. David L. Balancing act: public employees and free speech. In: **First Reports** (First Amendment Center), n. 2, v. 3, dez. 2002.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia Estatística). **Pesquisa de Informações Básicas Estaduais – ESTADIC (2012)**. 2012. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: abr. 2016.

JAPÃO. **Constituição do Japão**. 1946. Disponível em: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

JAPÃO. SJC (Supreme Justice Court). **Processo 2004 (Gyo-Tsu) 328**. 2007. Relator: Kohei Nasu. Julgado em: 27 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=876>. Acesso em: 15 ago. 2014.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Os desafios da globalização**: modernidade, cidadania e direitos humanos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the first amendment. New York: Basic Books, 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e direitos fundamentais

culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 63, ano 16, Abr-Jun, 2008.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2010.

LUCAS, Douglas Cesar. Apresentação. In: RESTA, Eligio. **Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica**. Ijuí: Unijuí, p. 9-19, 2014.

MARINO, Laure. **Droit de la propriété intellectuelle**. Paris: PUF, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATSUI, Shigenori. **Freedom of expression in Japan**. In: Osaka University Law Review, n. 38:13, pp. 13-42, 1991.

MURDOCH, Jim. **Freedom of thought, conscience and religion: a guide to the implementation of Article 9 of the European Convention on Human Rights**. Belgium: Directorate General of Human Rights and Legal Affairs - Council of Europe, 2007.

NOLAN, Christopher. **Inception**. [filme-vídeo]. Produção executiva de BRIGHAM, Chris; TULL, Thomas. Burbank (Califórnia, Estados Unidos): Warner Bros, 2010. 148 min. Cor. Som.

OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). **Remuneration of Japanese National Public Employees**. 2012. Disponível em: < <http://www.oecd.org/>>. Acesso em: abr. 2016.

PEERENBOOM, Randall. PETERSEN, Carole J.; CHEN, Albert H.Y. **Human Rights in Asia: A Comparative Legal Study of Twelve Asian jurisdictions, France and USA**. New York: Routledge, 2006.

PIACENTINI, Dulce de Queiroz. **Direitos humanos e interculturalismo: análise da prática cultural da mutilação genital feminina**. 176 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direito constitucional: Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

_____. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos**: análise do sistema americano de proteção. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

ROSA, Gabriel Artur Marra e. **Construção e negociação de identidade**: introdução a quem somos e a como nos relacionamos. Curitiba: Juruá, 2014.

RUBIO, David Sánchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

_____. **Repensar derechos humanos**: de la anestesia a la sinestesia. Sevilla: Mad, 2007.

_____. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. Sobre el concepto de historización. Una crítica a la visión sobre las de-generaciones de derechos humanos. In: **Praxis – Revista de Filosofía**, n. 67, Julio – Diciembre, Heredia, 2011, pp. 9-22.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004.

SARTRE, Jean Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Petrópolis: Vozes de Bolso, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e garantias fundamentais extravagantes**: interpretação jusfundamental “pro homine”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOMÁLIA. **Constituição Federal da República da Somália**. 2012. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/research/Somalia-Constitution2012.pdf>>. Acesso em: abr. 2016.

SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais do autor. In: **Civilística**, a. 2, n. 1, 2013.

THE JAPAN TIMES. **Public favors flag over anthem, poll shows.** 1999. Disponível em: <http://www.japantimes.co.jp/news/1999/08/05/national/public-favors-flag-over-anthem-poll-shows/#.U-zuS_ldVS0>. Acesso em: 15 ago. 2014.

_____. **Rebuked ex-teachers lose 'Kimigayo' suit.** 2010. Disponível em: <<http://www.japantimes.co.jp/news/2010/01/29/national/rebuked-ex-teachers-lose-kimigayo-suit/#.U-0KQvldVS0>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

THE NEW YORK TIMES. **Vote in Japan backs flag and ode as symbols.** 1999. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1999/07/23/world/vote-in-japan-backs-flag-and-ode-as-symbols.html>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

USCB (United States Census Bureau). **Annual Survey of Public Employment & Payroll Summary Report: 2013.** 2013. Disponível em: <<http://www2.census.gov/>>. Acesso em: abr. 2016.

WEBER, Max. **O que é burocracia?** Brasília: CFA, 2012.

VICKERS, Lucy. **Freedom of Speech and Employment.** New York: Oxford University, 2002.

Notes

- 1 Especialmente os processos “2010 (Gyo-Tsu) 54”, “2010 (O) 951” e “2010 (Gyo-Tsu) 314”.
- 2 Constituição japonesa de 1946: “Article 19: Freedom of thought and conscience shall not be violated.” (JAPÃO, 1946).
- 3 “*Kimi ga yo wa; Chiyo ni yachiyo ni; Sazare ishi no; Iwao to; Nari te; Koke no musu made.*” (“Que a monarquia do Imperador dure por milhares e milhares de gerações. Até que o pedregulho se torne um rochedo e os musgos venham a cobri-lo”).
- 4 “**Artigo 41:** A Dieta será o mais alto órgão de poder do Estado, e será o único órgão legislativo do Estado; **Artigo 42:** A Dieta consistirá de duas Casas, chamadas de Casa dos Representantes e a Casa dos Conselheiros.”
- 5 Algumas opiniões dos entrevistados ilustram adequadamente o debate: “The Hinomaru should stay because it can keep reminding us of Japan’s aggression during the war and our responsibility for it. But we should abolish ‘Kimigayo,’ which was treated as a song to admire the Emperor as a living god during the war.” [...] “Really, I only think about the Olympics when I see the flag. I don’t have the negative images.” [...] “Of course, I am against war. As part of Japanese history, it is important to remember, and the flag and the song will serve that purpose.” [...] “The lyrics should be replaced with new ones to reflect the current social system.” (*THE JAPAN TIMES*, 1999).
- 6 Constituição japonesa de 1946: “Article 15, 2: All public officials are servants of the whole community and not of any group thereof.” (JAPÃO, 1946). Em tradução livre, “Todos os representantes públicos são serviais de toda a comunidade e de nenhum outro grupo específico.”

7 “Artigo 18 - Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.”

8 “Artigo 18, 1 - Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

9 Como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão na África.

10 Por oportuno, vale a menção de parte do script do filme “*Inception*”, do diretor Christopher Nolan, o qual aclara devidamente o sentido que se propõe: “Qual é o parasita mais resiliente? Uma bactéria? Um vírus? Um verme intestinal? Uma ideia. Resiliente, altamente contagiosa. Uma vez que uma ideia assenta-se no cérebro é quase impossível de erradicá-la. Uma pessoa pode encobri-la, ignorá-la, mas ela permanece lá. [...] Mas, certamente pode esquecê-la...? [...] Informação, sim. Mas uma ideia? Totalmente formada, entendeu? Ela gruda... lá, em algum lugar. [...] Uma ideia é como um vírus. Resiliente, altamente contagioso. E uma ideia pode crescer. A menor semente de uma ideia pode crescer para definir ou destruir você. As menores ideias como... ‘Seu mundo não é real’. Um simples pensamento que muda tudo.” (NOLAN, 2010).

11 Como uma obra bastante abrangente sobre o tema liberdade de pensamento e expressão do empregado o livro “*Freedom of Speech and Employment*” (VICKERS, 2002). Especificamente, na América Latina, o informe anual sobre direitos humanos vinculado à liberdade de expressão, de 2015, bem como o relatório de padrões internacionais sobre liberdade de expressão, de 2014, ambos da OEA, são elucidativos. Na América do Norte, o texto “Balancing Act: Public Employees and Free Speech” (HUDON JR, 2002) atende ao que se propõe. Na Ásia, o livro “Human Rights in Asia: A Comparative Legal Study of Twelve Asian jurisdictions, France and USA” (PEEREBOOM; PETERSEN; CHEN, 2006) deixa pistas valiosas.

12 Para o acesso aos casos mais documentados indica-se o site: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/>>, mantido pela Universidade de Columbia, o qual possui um valioso banco de dados sobre a temática liberdade de pensamento e expressão, em casos judicializados. Apenas para ilustrar: Ríos e outros v. Venezuela (Venezuela), ADPF 173 (Brasil), Engel e outros v. Holanda (Holanda), Fernández Martines v. Espanha (Espanha), Vogt v. Alemanha (Alemanha), Garrison v. Louisiana, Pickering v. Board of Education e Garcetti v. Ceballos (Estados Unidos), Okanagan School v. Renaud (Canada), Atwoli v. Kambi (Quênia), e casos Bin Itoh e Sarufutsu (Japão).

13 “Artigo 10º - Liberdade de expressão: [...] 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.”

14 “Se vivemos num regime democrático, pluralista, que admite e até institucionaliza a oposição, mas admitirmos que o servidor público não tem a mesma liberdade de manifestação de pensamento que os demais cidadãos, cairemos numa suposição absurda: na de que o servidor público tem o dever de ofício de ser “de situação” e nunca “de oposição”; que não tem direito de manter, nem de expor suas próprias convicções; que sua liberdade de consciência é violável. [...] os servidores públicos são tão livres para manifestar seu pensamento quanto qualquer do povo, pois ao povo pertencem; restri-

ções a essa liberdade só podem, em tese, ser previstas em lei ordinária, que tipifique a hipótese com precisão, e desde que pontuais e indispensáveis ao eficiente desempenho do cargo, emprego e função. Devem, ainda, ser adequadas ao fim visado, e não haver outro meio menos gravoso de atingi-lo. Tais restrições não podem ser vagas, abrangentes e baseadas numa concepção ultrapassada de Estado [...].” (COUTINHO, 2012, p. 164/165-166).

15 Por essa linha asseverou Hudson Jr. (2002, p. 37): “*The sheer number of public employees shows the importance of ensuring that First Amendment rights are a living reality rather than abstract theory for government workers. The Supreme Court long ago dismissed the notion that employees forfeit their constitutional protections when they enter the public workplace.*”

16 “O conteúdo do princípio da dignidade humana pode desdobrar-se em duas máximas: *não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana*. Ambas as máximas deitam suas raízes na teoria moral de Kant e podem servir como bases para justificar a natureza jurídica da dignidade humana” (BARRETTO, 2010, p. 70).

17 *Paradoxo fundamental*: “ao mesmo tempo em que aumentas os textos internacionais, acordos e declarações eu tratam de direitos humanos, também aumentas os casos de desigualdade e injustiças sociais em todo o mundo.” (PRONER, 2002, p. 18).

18 “Artigo 1º: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

19 O raciocínio é: “a) os direitos humanos são inerentes aos seres humanos; b) os direitos humanos são inerentes porque decorrem do valor do ser humano e da sua dignidade inerente; c) os direitos humanos são universais; d) parece que são universais porque inerentes; e) os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos e universais, e parecem decorrer de uma suposta essência humana; f) existe uma essência do ser humano; g) se há uma formulação dos direitos humanos inatos, ela só é possível porque se pode conhecer a essência humana; h) além da crença na existência da essência humana, parece existir a confiança na possibilidade de se conhecer a essência.” (GRUBBA, 2015, p. 270).

20 Essência não no sentido metafísico, mas como uma fórmula ou projeto que antecede a existência, como a planta que antecede a construção de um prédio.

21 “*Cuando las instituciones tienen derechos humanos, los seres humanos los pierden. Los seres humanos mismos son sustituidos por instituciones absolutizadas. Las instituciones llegan a ser los únicos portadores de derechos humanos, y los seres humanos tienen estos derechos en el grado en el cual se identifican con estas instituciones. Con eso los derechos humanos se disuelven.*” (HINKELAMMERT, 2002, p. 284).

22 Inversão ideológica é a “criação de justificativas e mecanismos aparentemente voltados à satisfação dos direitos humanos, mas que, em sua ação concreta, deflagram violações dos próprios direitos humanos” (CARVALHO, 2013, p. 112).

23 Pertinente contestar o argumento de que algumas mulheres, na Somália, desejam/optam pela mutilação genital. Supostamente, as jovens buscam essa intervenção a fim de estarem inseridas em sua comunidade, serem vistas como “morais” e consigam casamentos (já que, em tese, alguns homens imporiam isso como uma condição) (PIACENTINI, 2007, p. 121). A contestação vai no sentido de que não se trata de uma “opção” (não se trata realmente de uma escolha, tampouco uma livre e consciente), uma vez que a decisão está sitiada por elementos sócio-culturais e que, neste caso, arquetipam uma violência simbólica (naturalizada, invisibilizada, na simbologia), articulada por lógicas discriminatórias de cariz machista, patriarcal e moralista. Logo, ou as jovens estão compelidas culturalmente ou estão alienadas culturalmente. De qualquer forma, acaba que não se trata de uma “opção” livre e consciente. Um bom exercício para medir a liberdade e consciência de escolha seria questioná-las: “se possível ter

o que você deseja (casamento, integração/aceitação social, não-discriminação, etc.) sem que fosse necessária a mutilação de sua genitália, mesmo assim você optaria pela prática?” Ou, “se você pudesse escolher não passar pela mutilação, você escolheria?”.

24 De forma lúdica, ilustra Rubio (2011, p. 10-11): “[...] un hombre necesitaba que le hicieran un traje para una boda y acudió a un sastre. Le preguntó si podía hacerle el traje más hermoso y el sastre le contestó que en dos semanas lo tendría preparado. El hombre se fue muy contento y algo sorprendido de la seguridad y contundencia transmitida por el sastre. Pasadas las dos semanas regresó a la sastrería para comprobar si ya estaba preparado su traje. Efectivamente ya estaba presto y dispuesto. El sastre lo sacó y el hombre se extrañó porque vio que la obra textil era muy grande y algo amorfa. Tímidamente expresó su contrariedad porque esperaba algo mejor. El sastre le contestó que no se preocupara, que se lo probara porque ahí iba a comprobar lo bien que le iba a sentar el traje. El hombre metió una mano, luego otra y al final se encajó el traje como pudo. Salió de la tienda con la ropa nueva puesta. Al rato de ir caminando de manera rara y atípica con la vestimenta recién comprada, dos hombres lo vieron y uno de ellos le dijo a su compañero: ‘¡uy! Mira ese pobre hombre tan deforme y con esos problemas físicos que tiene. Apenas puede andar bien’. El amigo le contestó: ‘sí es cierto, pero que bueno es el sastre que le hizo el traje, ¿verdad?’”

25 “[...] para que os direitos humanos possam verdadeiramente ser ressignificados hoje, numa perspectiva que não nega as suas raízes, não nega a sua história, mas quer trazê-los para a problemática de hoje, eles terão que passar por um processo de reconceitualização. Essa passagem supõe algumas premissas que ele enumera da seguinte maneira: 1. A superação do debate entre o universalismo e o relativismo cultural. O que se quer dizer com isso? Afirmar que todas as culturas ou grupos culturais têm valores e ideias, elementos fundamentais que aspiram a comunicar a outros e universalizar, mas o universalismo é incorreto, enquanto uma única cultura predomine e queira se impor a todos. No outro polo está o relativismo cultural, que afirma que todas as culturas são relativas, nenhuma é absoluta, nenhuma é completa, mas é necessário propor diálogos interculturais sobre preocupações convergentes, ainda que expressas a partir de diversos universos culturais. Somente assim seremos capazes de construir algo juntos, um projeto comum. É necessário negar tanto o universalismo quanto o relativismo absolutos. 2. Todas as culturas possuem concepções da dignidade humana. Nem todos os grupos culturais conhecem ou usam a expressão direitos humanos, mas isso não quer dizer que não tenham uma ideia de dignidade humana, de vida digna, de querer uma vida melhor para os seus habitantes ou para seus integrantes. Temos de ter sensibilidade para descobrir em cada universo sociocultural essa ideia de dignidade humana que traduzimos como direitos humanos. 3. Todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. Afirmar que nenhuma cultura é completa, que nenhuma dá conta de toda a riqueza do humano, leva-nos a, muito mais do que trabalhar com a ideia de uma cultura verdadeira e única, que tem de ser universalizada, desenvolver a sensibilidade para com a ideia da incompletude de todas as culturas e, portanto, da necessidade da interação entre elas. Nenhuma cultura dá conta do humano. “Aumentar a consciência de incompletude cultural é uma das tarefas prévias à construção de uma concepção emancipadora e multicultural dos direitos humanos”. 4. Nenhuma cultura é monolítica. Todas as culturas comportam versões diferentes da dignidade humana, algumas mais amplas do que outras, algumas mais abertas a outras culturas do que outras. Os grupos culturais não são homogêneos e padronizados. Algumas versões dessa cultura podem ser rígidas, estreitas e fechadas. É necessário identificar e potencializar aquelas versões mais abertas, amplas e que apresentam um círculo de reciprocidade mais amplo, que favoreçam o diálogo com outras culturas. 5. Todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios competitivos de pertença hierárquica: princípio da igualdade e princípio da diferença. Esta última premissa situa-nos no âmago da questão da

ressignificação dos direitos humanos hoje. Todas essas premissas estão voltadas para essa grande questão da articulação entre igualdade e diferença, isto é, da passagem da afirmação da igualdade ou da diferença para a da igualdade na diferença.” (CANDAUI, 2008, p. 48-49).

26 “[...] enquanto o multiculturalismo propugna a convivência num mesmo espaço social de culturas diferentes sob o princípio da tolerância e do respeito à diferença, a interculturalidade, ao pressupor como inevitável a interação entre essas culturas, propõe um projeto político que permita estabelecer um diálogo entre elas, como forma de garantir uma real convivência pacífica.” (LOPES, 2008, p. 32).

27 “[...] *las constituciones son pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están llamadas a garantizar. Al mismo tiempo debemos abandonar, cuando pensamos en entidades supranacionales como ésa, el viejo paradigma de la democracia dirigido a la primacía o peor aún a la omnipotencia de la mayoría. Cuanto más extendida está la unidad política y mayores son sus diferenciaciones internas de orden histórico y cultural, tanto más secundaria es la representatividad de los órganos de gobierno, y tanto más importante deviene la garantía de la paz y de los derechos fundamentales a través de la estipulación de límites negativos y de vínculos positivos impuestos a la esfera de la política; tanto más restringida, en otras palabras, debe ser la que he llamado “esfera de lo decidible” propia de la política y tanto más amplia debe ser la de lo que es “indecidible (que sí o que no)”, es decir, los vínculos de la paz y del conjunto de los derechos, de libertad y sociales, que deben ser garantizados para todos los hombres y mujeres del mundo.*” (FERRAJOLI, 2006, p. 13-14).

28 Nessa linha, vale lembrar a crítica de Capella: “Los derechos iguales. Parecen entes claros, sólidos, geométricos. La gente ha luchado y ha sufrido por conseguirlos y sufre aún por defenderlos. O, mejor, ha luchado y ha sufrido por lo que *en el relato político del capitalismo se transforma en derechos*: en realidad ha luchado por la democratización política, contra la opresión y la desigualdad, para poder expresarse sin ser perseguida, para poner sus fuerzas en común con otros; y para tener el pan asegurado, para no estar al arbitrio de los poderosos (los, al mismo tiempo, *exquisitos*)... Y ha conseguido *derechos*. Que no son exactamente aquello por lo que luchaban: no es lo mismo *tener derecho al trabajo* que *tener un puesto de trabajo*... Lo primero no supone lo segundo” (1993, p. 140).