



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
Faculdade de Ciências Aplicadas

CARLOS MURILO BIAGIOLI

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS HUMANOS:
UMA ANÁLISE DE CASOS BRASILEIROS SOB A PERSPECTIVA
DO STF E À LUZ DO PENSAMENTO DE J. S. MILL**

LIMEIRA/SP

2020

CARLOS MURILO BIAGIOLI

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS HUMANOS:
UMA ANÁLISE DE CASOS BRASILEIROS SOB A PERSPECTIVA
DO STF E À LUZ DO PENSAMENTO DE J. S. MILL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Aplicadas da Universidade Estadual de Campinas como parte dos requisitos exigidos para a obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas.

Orientador: PROF. DR. MAURO CARDOSO SIMÕES

Coorientador: PROF. DR. OSWALDO GONÇALVES JUNIOR

ESTE TRABALHO CORRESPONDE À
VERSÃO FINAL DA DISSERTAÇÃO
DEFENDIDA PELO ALUNO CARLOS
MURILO BIAGIOLI E ORIENTADA PELO
PROF. DR. MAURO CARDOSO SIMÕES.

LIMEIRA/SP

2020

Ficha catalográfica
Universidade Estadual de Campinas
Biblioteca da Faculdade de Ciências Aplicadas
Renata Eleuterio da Silva - CRB 8/9281

B47L Biagioli, Carlos Murilo, 1980-
Liberdade de expressão e direitos humanos : uma análise de casos brasileiros sob a perspectiva do STF e à luz do pensamento de J. S. Mill / Carlos Murilo Biagioli. – Limeira, SP : [s.n.], 2020.

Orientador: Mauro Cardoso Simões.
Coorientador: Oswaldo Gonçalves Junior.
Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Ciências Aplicadas.

1. Liberdade de expressão. 2. Mill, John Stuart, 1806-1873. 3. Direitos humanos. 4. Democracia. I. Simões, Mauro Cardoso, 1973-. II. Gonçalves Junior, Oswaldo, 1968-. III. Universidade Estadual de Campinas. Faculdade de Ciências Aplicadas. IV. Título.

Informações para Biblioteca Digital

Título em outro idioma: Freedom of speech and human rights : an analysis of brazilian cases under the STF's perspective and in the light of J. S. Mill's thought

Palavras-chave em inglês:

Freedom of speech

John Stuart Mill

Human rights

Democracy

Área de concentração: Modernidade e Políticas Públicas

Titulação: Mestre em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Banca examinadora:

Mauro Cardoso Simões [Orientador]

Carlos Raul Etulain

João Miguel da Luz Rivero

Data de defesa: 27-02-2020

Programa de Pós-Graduação: Mestrado Interdisciplinar em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Identificação e informações acadêmicas do(a) aluno(a)

- ORCID do autor: <https://orcid.org/0000-0002-0485-5482>

- Currículo Lattes do autor: <http://lattes.cnpq.br/8929172795627686>

Folha de Aprovação

Autor: Carlos Murilo Biagioli

Título: Liberdade de expressão e direitos humanos: uma análise de casos brasileiros sob a perspectiva do STF e à luz do pensamento de J. S. Mill

Natureza: Dissertação

Área de Concentração: Modernidade e Políticas Públicas

Instituição: Faculdade de Ciências Aplicadas – FCA/Unicamp

Data da Defesa: Limeira/SP, 27 de fevereiro de 2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Mauro Cardoso Simões (orientador)
Faculdade de Ciências Aplicadas – FCA/Unicamp

Prof. Dr. Carlos Raul Etulain (membro)
Faculdade de Ciências Aplicadas – FCA/Unicamp

Prof. Dr. João Miguel da Luz Rivero (membro externo)
Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP

A Ata da defesa assinada pelos membros da Comissão Examinadora consta no SIGA/Sistema de Fluxo de Dissertação/Tese e na Secretaria do Programa da Unidade.

*À minha querida Camila, pelo companheirismo e paciência;
Ao meu pai Carlinhos, pela lembrança e exemplo em vida;
À minha mãe Nádia, por todo o amor e incentivo depositado;
Ao meu orientador Mauro, pelas conversas renovadoras;
Ao Ikki, por fazer parte da minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, que me deu o discernimento necessário e permitiu o desenvolvimento deste trabalho, confortando nas dificuldades e dando forças para superá-las;

À minha amada Camila, por estar sempre ao meu lado;

À minha mãe Nádia e ao meu pai Carlinhos (*in memoriam*), que sempre me apoiaram e incentivaram na vida acadêmica e foram decisivos para a minha formação moral, intelectual e desenvolvimento como ser humano;

Ao meu orientador, professor Mauro Cardoso Simões, pelas considerações sempre construtivas, por conciliar seus afazeres, especialmente durante o período em que estive no exterior, para ser meu guia nesta pesquisa e pela amizade que floresceu;

Ao meu coorientador, professor Oswaldo Gonçalves Junior, pelas conversas e dicas em momentos importantes;

Aos professores João Miguel da Luz Rivero e Rodrigo Ribeiro de Sousa pelas valiosas contribuições;

Às pessoas que colaboraram, direta ou indiretamente, para a concretização desta dissertação.

*“Conheço bem o homem, diz Deus,
Fui eu que o fiz. É um ser curioso,
Porque nele atua a liberdade,
que é o mistério dos mistérios”*

(Charles Péguy, Le Mystère des Saints Innocents)

RESUMO

A liberdade de expressão está intrinsecamente associada aos direitos humanos, servindo de alicerce para a sua consecução e proteção ao garantir o avanço do conhecimento, a consolidação da democracia e a realização plena do homem. Propõe-se a investigar o desenvolvimento e a relevância da liberdade de expressão nas sociedades democráticas, seu impacto sobre temas importantes e sempre atuais, como liberdade de imprensa, *fake news* e discurso de ódio, e compreender se existem limites ao seu exercício. Trata-se de um estudo qualitativo, predominantemente teórico ao envolver pesquisa bibliográfica sobre o tema nos diferentes campos do saber científico, mas também empírico ao analisar as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF), buscando um diálogo interdisciplinar para chegar a uma síntese e conclusão próprias. Neste estudo, todo esse processo tem como parâmetro o pensamento do filósofo inglês John Stuart Mill, com destaque para o exame da obra “A Liberdade”, publicada em 1859 e considerada um marco filosófico sobre o assunto, trazendo os principais conceitos do autor, entre eles a abordagem sobre o princípio da liberdade e do dano. A visão do filósofo é acentuada na construção e consolidação desta liberdade e seus reflexos na afirmação dos direitos humanos. Para isso, são examinados casos concretos do ambiente brasileiro envolvendo a liberdade de expressão e os direitos humanos julgados pelo STF, trazendo-os à luz do pensamento de Mill. Com isso, verifica-se não apenas o impacto da filosofia de J. S. Mill sobre o tema, mas vislumbra-se sua contribuição efetiva para a resolução de conflitos envolvendo esse direito fundamental no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; John Stuart Mill; Direitos humanos; Democracia; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Freedom of speech is intrinsically associated with human rights, serving as a foundation for its achievement and protection by guaranteeing the advancement of knowledge, the consolidation of democracy and the full realization of man. It proposes to investigate the development and relevance of freedom of speech in democratic societies, its impact on important and always current topics, such as freedom of the press, fake news and hate speech, and to understand if there are limits to its exercise. It is a qualitative study, predominantly theoretical as it involves bibliographic research on the topic in different fields of scientific knowledge, but also empirical when analyzing the jurisprudence of the Brazilian Supreme Federal Court, seeking an interdisciplinary dialogue to reach an own synthesis and conclusion. In this study, this whole process is based on the thought of the English philosopher John Stuart Mill, with emphasis on the examination of the essay “On Liberty”, published in 1859 and considered a philosophical landmark on the subject, bringing the main concepts of the author, among they the approach about the liberty and harm principle. The philosopher's vision is accentuated in the construction and consolidation of this freedom and its reflexes in the affirmation of human rights. For that, concrete cases of the Brazilian environment involving freedom of speech and human rights judged by the Supreme Federal Court are examined, bringing them to light of Mill's thought. With that, it is verified not only the impact of J. S. Mill's philosophy on the theme, but glimpse itself its effective contribution to the resolution of conflicts involving this fundamental right within the scope of the Democratic Rule of Law.

Keywords: Freedom of speech; John Stuart Mill; Human rights; Democracy; Brazilian Supreme Federal Court.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O IMPACTO DO PENSAMENTO DE JOHN STUART MILL EM DEFESA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	21
2.1	O princípio da liberdade e do dano em Mill	36
2.2	Críticas ao princípio da liberdade e a conciliação revisionista	49
2.3	A liberdade de expressão na concepção milliana	56
3	A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ESFERA ESTATAL: CONTRASTES DO ANTIPATERNALISMO À AGENDA POLÍTICA	80
3.1	A compreensão do papel do Estado	81
3.2	Antipaternalismo e a visão milliana.....	83
3.3	O surgimento do Estado social	92
3.4	A busca do equilíbrio: o Estado Democrático de Direito.....	96
3.5	Democracia e liberdade de expressão	106
3.6	Políticas públicas e participação: o Estado em movimento	111
4	LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS HUMANOS: REPERCUSSÕES NO ÂMBITO DO STF	119
4.1	Discurso de ódio: entre a proteção e a proibição.....	142
4.2	Liberdade de expressão religiosa e proselitismo	170
4.3	Liberdade de imprensa: a primazia da liberdade de expressão	177
4.4	Divulgação de biografias: contribuição ao desenvolvimento humano	191
4.5	Liberdade de reunião: a marcha das ideias	193
4.6	Debate político: reforço democrático pela liberdade de expressão.....	199
5	CONCLUSÃO.....	206
	REFERÊNCIAS	217

1 INTRODUÇÃO

“Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade”

(John Stuart Mill)

A liberdade de expressão é um tema que desperta paixões e se mostra sempre atual. Os debates em torno de sua consecução não se esgotam e atravessam gerações. O exercício deste direito, porém, não é tarefa simples. A década de 2010, em especial, é marcada por manifestações que denotam a relevância de proteger esse bem tão precioso à individualidade e à coletividade.

No âmbito internacional, tivemos a Primavera Árabe, ocorrida a partir do dia 18 de dezembro de 2010, e o massacre no jornal francês Charlie Hebdo, em 7 de janeiro de 2015, como expoentes da importância de se garantir a liberdade de expressão. No Brasil, as manifestações de rua que se iniciaram em junho de 2013 abalaram a estrutura social e política do país, tendo reflexos ainda hoje no travamento de embates políticos e ideológicos.

Ao tratar desse assunto, é inevitável não relacionarmos a liberdade de expressão com os direitos humanos e à própria democracia. Simplesmente não é possível se falar em liberdade em sociedades marcadas pelo autoritarismo. Uma experiência vivenciada pelo Brasil durante o período de ditadura militar (1964-1985) e que reforça a proteção que deve ser dada à liberdade de expressão em um processo contínuo para sua consolidação. Não é sem motivo que a Constituição Federal de 1988 representa um marco jurídico da transição democrática do país no período pós-ditadura militar, institucionalizando os direitos humanos, ou melhor, a dignidade da pessoa humana, como pilar básico que norteia todo nosso sistema legal e valorativo, bem como dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana, ao ser alicerçada como o ponto de partida do nosso ordenamento jurídico, implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, os quais asseguram esta dignidade na vida social, incluindo em especial a liberdade de expressão. “Esses direitos devem representar um mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade de tutela que recebem.” (ASCENSÃO, 2010, p. 59).

Neste aspecto, a liberdade de expressão, principalmente suas vertentes mais importantes, o direito à informação e a liberdade de imprensa – ou o direito à informação jornalística na concepção moderna do termo – possui relevância social e política para estabelecer e ajudar a manter a luz da democracia acesa no Brasil.

Como resultado destas lutas, houve a positivação da liberdade de expressão como direito fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estando presente nos direitos individuais, garantindo-se o livre exercício da manifestação do pensamento (art. 5º, IV) e da própria liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX), bem como nos direitos sociais dos arts. 220 a 224 do capítulo da Comunicação Social.

O constituinte brasileiro também reforçou a necessidade de se proibir a censura, que marcou sobremaneira os anos de chumbo do governo militar, como o AI-5, a Lei de Segurança Nacional, a antiga Lei de Imprensa ou outros mecanismos que tentassem calar a voz da sociedade civil.

As preocupações com a liberdade de expressão, todavia, não são recentes. No século XVII, John Milton (1608-1674) já despertava a atenção sobre o tema, mas foi com o Iluminismo, tendo Voltaire (1694-1778) como um dos seus principais expoentes, que as discussões receberam maior atenção. Um século depois, surgiu a obra “A Liberdade”, de autoria do filósofo inglês John Stuart Mill, publicada em 1859, transformando-se em uma das principais referências sobre o assunto.

Os ensinamentos de Mill têm reflexos intensos em nossa contemporaneidade e servem como alicerce para a construção do pensamento ocidental pautado na livre manifestação do pensamento, no direito de opinião, de informação e na liberdade de imprensa.

Ainda hoje, afirma Schapiro (1943, p. 152), “A Liberdade” é considerada a expressão completa e melhor da fé de um liberal no progresso da humanidade por meio da liberdade de expressão. Em nenhum outro livro a doutrina da liberdade individual, em todos os países e em todos os momentos, é tão claramente declarada e tão vigorosamente defendida.

Diante destas razões, a visão do filósofo inglês ganha papel de destaque nesta dissertação. Afinal, qual a conceituação da liberdade de expressão para John Stuart Mill? Como ela repercute nos direitos humanos? Qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar os principais casos brasileiros envolvendo a liberdade de expressão? É possível traçarmos um paralelo entre as decisões do STF e o pensamento de Mill? E qual seria este impacto e as contribuições jusfilosóficas possíveis, em especial para os direitos humanos? A sociedade

está preparada para encarar os desafios advindos da liberdade de expressão e colocar em prática os preceitos de Mill?

Assim, propomos retomar o pensamento de J. S. Mill a respeito da liberdade de expressão e colocá-lo em paralelo a casos concretos do Direito brasileiro julgados pelo STF, avaliando suas repercussões no âmbito dos direitos humanos e trazendo a dimensão de como esta liberdade vem sendo construída não apenas em nosso ordenamento jurídico, mas no nosso Estado democrático de Direito. Por meio da investigação do pensamento de Mill, é possível verificarmos até que ponto sua doutrina influencia no entendimento moderno da liberdade de expressão e as contribuições que pode exercer para que esse direito possa, de fato, ser sinônimo de liberdade.

Para trazer um suporte básico e necessário ao entendimento do pensamento de Mill, procuramos, logo no primeiro capítulo deste trabalho, dar ênfase ao ensaio “A Liberdade”, afastando-o das visões superficiais que geralmente rondam as menções feitas ao filósofo inglês e buscando retomar seus argumentos. Em um momento inicial, discorreremos sobre o impacto de J. S. Mill e seu discurso na defesa da liberdade de expressão. Mas a liberdade de expressão é apenas uma das facetas desta obra marcante. O que está em jogo é a própria liberdade, a tolerância, a democracia e o desenvolvimento humano. As particularidades de Mill diferenciam seu liberalismo e utilitarismo e se aproximam das problemáticas que enfrentamos na modernidade quando o assunto é a manifestação do pensamento sem impedimentos.

O ensaio de Mill é considerado um dos textos clássicos da filosofia política, em que se formula o chamado princípio da liberdade ou princípio do dano sobre o qual se desenvolverá boa parte da essência do seu pensamento presente em “A Liberdade”: “O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar danos aos demais. Seu próprio bem, físico ou moral, não é garantia suficiente.” (MILL, 2000, p. 17).

Por este motivo, abordamos em tópico específico o que vem a ser o princípio da liberdade ou do dano, essencial para a compreensão do que representa a liberdade de expressão para Mill. Embora tal princípio possa ser apresentado separadamente, ora como princípio da liberdade, ora como princípio do dano, é possível considerar as concepções como sinônimas. Há uma inter-relação e interdependência entre elas, o que dá a dimensão da maneira como a liberdade deve ser tratada. Pela análise deste princípio, procuramos responder se a liberdade de expressão pode ser considerada de forma genérica ou abstrata, se é absoluta ou se possui limites, questionamentos bastante presentes e pertinentes no direito constitucional brasileiro.

Segundo Mulgan (2012, p. 41-42), Mill, que era um utilitarista, tinha como estratégia básica iniciar seu ensaio com uma liberdade especial, a qual todos os seus contemporâneos apoiariam. E, a partir disso, apresentar o princípio da liberdade como uma extensão da moralidade costumeira, de um modo que fosse atraente tanto para utilitaristas como para não utilitaristas, mostrando que o filósofo adotara um utilitarismo distinto de seu pai, James Mill, e de seu mentor, Jeremy Bentham.

Ao tratar sobre o princípio da liberdade, Mill estabelece que apenas atos autorreferentes – aqueles que não afetam ninguém mais – estão protegidos da intervenção do Estado. Mas não diz que temos completa liberdade quando as nossas ações de fato afetam os outros ou que somente estamos livres na esfera da autorreferência (MULGAN, 2012, p. 45). Tal silêncio para além dessa esfera abre margem a variadas interpretações do princípio da liberdade, cuja relevância ganhou nova força com as recentes releituras do filósofo britânico e evidenciam a importância da liberdade de expressão com base na visão milliana, em especial no nosso tempo.

As críticas ao princípio da liberdade, sempre contundentes, em especial pelos intérpretes mais tradicionais de Mill, também merecem destaque pela importância que exercem na concepção da obra do filósofo, da mesma forma que a conciliação feita pelos intérpretes revisionistas, resgatando elementos basilares do pensamento milliano, dão nova vida aos textos escritos pelo inglês.

Para fechar este capítulo inaugural, desenvolvemos a liberdade de expressão na concepção milliana, com o objetivo de situar o leitor sobre o que representa de fato exercer este direito. A busca da verdade e a falibilidade humana são argumentos fundamentais para compreender como o filósofo analisa o tema e se sua visão tem ainda lugar em nossa sociedade, mas, principalmente, verificar se sua ideologia pode ser considerada ingênua ou se está além do nosso próprio tempo.

Os debates da liberdade de expressão enfrentam desde um confronto aparente entre direitos de mesma envergadura até questões mais complexas, como a disseminação do discurso de ódio (*hate speech*), a divulgação de biografias, as *fake news* e a liberdade de imprensa. Nossa análise ficará para as situações concretas que repercutem no STF.

Para se ter uma noção da relevância da liberdade de expressão, o Tribunal Constitucional Federal alemão, ao julgar o caso Lütth-Urteil, considerou o direito fundamental à livre expressão do pensamento, enquanto expressão imediata da personalidade humana, na sociedade, um dos direitos humanos mais importantes, baseando-se principalmente no art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – “a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem”.

Assim, a liberdade de expressão é elemento constitutivo, por excelência, de um ordenamento estatal livre e democrático, “pois é o primeiro a possibilitar a discussão intelectual permanente, a disputa entre as opiniões, que é o elemento vital daquele ordenamento”, sendo, num certo sentido, “a base de toda e qualquer liberdade por excelência” (ALEMANHA, 1958 apud MARTINS, 2005, p. 390). Citando o juiz da Suprema Corte norte-americana, Benjamin Nathan Cardozo (1937, p. 327), representa “a matriz, a condição indispensável de quase todas as outras formas de liberdade”.¹

Em nossa democracia moderna, buscamos conciliar e conviver de maneira pacífica com grupos que podem parecer antagônicos, mas ao mesmo tempo se complementam na medida em que a afirmação de um contribui para a manutenção do outro. Tais embates, aliás, estão entre as principais motivações para o desenvolvimento do tema. Ao se questionar se existem limites à liberdade de expressão e quais seriam estes limites, tornou-se inevitável não pensar como este direito fundamental à liberdade de expressão vem sendo construído em nossa sociedade, a forma como hoje ele é encarado e as constantes dicotomias a que é submetido. Tudo isso tem um impacto significativo quando se pensa em democracia e direitos humanos ou, em contraponto, em autocracia e censura. Nada melhor, portanto, do que trilhar este caminho filosófico e jurídico embasado na teoria de Mill e como o seu pensamento ainda tem reflexos claros em nosso dia a dia, seja na política, nas divulgações da imprensa referentes a grandes investigações de corrupção ou em quaisquer relações que envolvam o público e o privado.

A atuação do Estado terá papel importante nessa ponderação de interesses, mas a grande pergunta é até que ponto essa intervenção é necessária e não representa uma coerção à livre expressão. Se há, de fato, restrições, ou se caberia à própria sociedade essa regulamentação e diálogo constante. Isso nos leva ao segundo capítulo desta dissertação, com o objetivo de verificar como a liberdade de expressão é encarada na esfera estatal, analisando os contrastes existentes entre o antipaternalismo e o paternalismo, até chegarmos à construção da própria agenda de políticas públicas.

Primeiro, é preciso compreender o papel do Estado, ou seja, seu fim, que é o bem comum. Em seguida, o que representa o antipaternalismo e a visão milliana sobre o assunto, já que o filósofo inglês era um antipaternalista declarado. No contraponto, encontramos o Estado social, que se caracteriza como um Estado intervencionista, algo bastante criticado por Mill. O equilíbrio vem com a formação do Estado Democrático de Direito, em que temos uma união

¹ Caso *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

quase harmônica entre democracia e liberdade de expressão. Mas será na formulação e implantação de políticas públicas e na participação da sociedade, em que o Estado se encontra em constante movimento, que as opiniões realmente ganham voz, proliferam-se e contribuem para o debate.

A defesa de Mill aponta para uma interferência estatal dentro da perspectiva do princípio do dano, algo bastante próximo da maneira com que o Direito brasileiro lida com a questão. Com base nisso, podemos aplicar seus conceitos de forma livre e igualitária. O dano, na perspectiva jurídica, é sinônimo de prejuízo, podendo ser conceituado, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 82), como sendo a “lesão a um interesse jurídico tutelado [...], causado por ação ou omissão do sujeito infrator”. Pode decorrer, assim, da agressão a direitos ou interesses personalíssimos, como aqueles representados pelos direitos da personalidade, principalmente o dano moral.

Para Mill (2000, p. 22), “nenhuma sociedade é livre se não se respeitam, em conjunto, essas liberdades, seja qual for sua forma de governo; e nenhuma sociedade é completamente livre se tais liberdades não existirem em caráter absoluto e sem reservas”. É preciso, todavia, evitar justamente a ocorrência de danos a terceiros.

Em nosso Estado moderno e democrático, todo direito encontra limites no seu exercício, não sendo nenhum deles dotado de caráter absoluto, em especial quando direitos de mesma envergadura entram em conflito. Existem, por exemplo, aqueles cujos valores podem ser contrapostos, como ocorre com a tradicional discussão das colisões entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, abrangendo veiculações de notícias em detrimento à intimidade, vida privada, honra, integridade moral e imagem de uma pessoa. Todos possuem igual proteção legal, devendo haver critérios para definir as situações em que um irá se sobrepor ao outro.

A solução dessa antinomia jurídica passa por princípios já considerados constitucionais, como a razoabilidade e, em especial, a proporcionalidade, que não se confundem. Será por meio da chamada ponderação entre direitos fundamentais colidentes que se poderá chegar a um denominador comum, evitando-se ao máximo o sacrifício de um ou outro direito garantido pela Constituição Federal.

Ao tratar sobre a liberdade de expressão, o trabalho reforça a relevância deste direito fundamental à própria democracia e à construção de uma sociedade mais plural e justa, em que o respeito às opiniões auxilia no desenvolvimento da própria humanidade.

Por isso, traçar esse paralelo, analisando as decisões do STF à luz do pensamento milliano e como a corte constitucional brasileira lida com as problemáticas envolvendo a liberdade de expressão, mostra-se fundamental para a garantia e defesa desse direito fundamental que reflete diretamente na dignidade da pessoa humana e na própria democracia. Isso permite vislumbrar como a liberdade de expressão vem sendo construída e aplicada no ambiente brasileiro, bem como sua consequência na efetivação dos direitos humanos. Ao mesmo tempo, aponta como a reflexão de Mill contribuiria para a questão e no julgamento de casos concretos levados aos tribunais.

Esta será a tônica do último capítulo, que discute as repercussões da liberdade de expressão e dos direitos humanos no âmbito do STF. Neste tópico, o objetivo foi analisar como a liberdade de expressão é tratada pelo Supremo diante dos casos concretos em que a corte mais importante do país é provocada a se manifestar. Em paralelo, traçamos as linhas do pensamento de John Stuart Mill, como estão presentes e as contribuições efetivas que podem trazer às decisões.

Para a pesquisa das jurisprudências, optamos em buscar no site do STF – www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp – as expressões “liberdade de expressão” e “direitos humanos” no mesmo campo. Nos Informativos, que apresentam o resumo dos processos julgados pelo Plenário e pelas Turmas do Supremo dividido por áreas do Direito e por temas (www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp), utilizamos apenas a palavra-chave “expressão”.

O resultado foi um total de 46 documentos, dos quais 39 acórdãos e 7 decisões monocráticas. Destas, 28 estão presentes nos Informativos.

Na seleção das jurisprudências, consideramos apenas os acórdãos, que são as decisões finais prolatadas pelo órgão colegiado, no caso Plenário e Turmas do STF, com os votos de cada ministro e que servem como paradigmas para solucionar casos análogos.

Os acórdãos foram divididos conforme sua classe processual, assim distribuídos: 14 Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI); 2 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); 3 Agravos de Instrumento (AI); 1 Ação Penal (AP); 2 Agravos em Recurso Extraordinário (ARE); 3 *Habeas Corpus* (HC); 1 Inquérito (INQ); 6 Reclamações (Rcl); 5 Recursos Especiais (RE); e 2 Recursos Ordinários em Habeas Corpus (RHC).

A partir disso, optamos pela exclusão da AP 530, já que a ementa não guarda relação direta com a liberdade de expressão; do HC 83.125, apreciado pela Primeira Turma, cujo tema da liberdade de expressão não está no foco central da decisão; do RE 635.023 ED, da Segunda Turma, pois a controvérsia jurídica objeto do processo já havia sido dirimida pelo

Plenário do STF ao julgar o RE 414.426; e das Reclamações, por se tratarem de processos voltados à preservação ou garantia da autoridade das decisões do STF perante os demais tribunais, sendo linhas já estabelecidas nos demais julgados.

Também deixamos de considerar os AIs, tendo em vista que a finalidade do recurso de Agravo de Instrumento é possibilitar o envio do Recurso Extraordinário para que o Supremo aprecie, em última instância, a questão constitucional debatida no processo, por isso a análise nestes casos ficará focada nos Recursos Extraordinários.

Assim, para a presente dissertação, trabalhamos com a seleção de 27 acórdãos, totalizando 4.472 páginas e os votos de 23 ministros. Destes, apenas seis fazem algum tipo de referência a John Stuart Mill. Isso não significa, todavia, que as citações traduzem de forma precisa o pensamento do filósofo inglês, o que será explanado no decorrer das análises elaboradas.

Entre as decisões de maior destaque do STF sobre o tema, estão o caso Ellwanger (HC 82.424), julgado em 17 de setembro de 2003, centrado principalmente no discurso de ódio. Também teve grande repercussão as questões envolvendo a Marcha da Maconha (ADPF 187), apreciada no dia 15 de junho de 2011, versando sobre o direito de reunião, a liberdade de expressão e a apologia ao crime.

A revogação da Lei de Imprensa (ADPF 130) representa um marco em tais discussões. Nesta ação, a Lei federal nº 5.250/1967, a chamada Lei de Imprensa, editada em pleno início do regime militar, no então governo Castelo Branco (1964-1967) e que tinha o mote de regular a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, foi considerada pelo STF, em 30 de abril de 2009, não recepcionada pela CF/88 e, portanto, incompatível com nosso regime democrático.

Outro caso analisado fica para a dispensabilidade do diploma para o exercício da profissão de jornalista (RE 511.961), decidido um mês e meio depois, no dia 17 de junho de 2009, em que se analisou se esta exigência fere ou não a liberdade de expressão.

Mais recentemente, em 11 de setembro de 2018, houve decisão a respeito do inquérito instaurado apurando possível crime de racismo praticado pelo então candidato à Presidência da República, Jair Bolsonaro, durante um de seus discursos (Inq 4.694).

Estes e os outros julgados apontam para o desenvolvimento do tema no país, ainda jovem se considerarmos o processo de redemocratização depois dos anos de chumbo do regime militar.

A CF/88, em seu art. 220, § 2º, vetou toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, visando também a afastar o trauma provocado pelo autoritarismo. Por isso o tema também recebe as devidas pontuações no decorrer desta dissertação.

Ao abordarmos a liberdade de expressão, os direitos humanos e sua repercussão no âmbito do STF e à luz do pensamento de J. S. Mill, adentramos em diferentes campos científicos, como Filosofia, Direito, Comunicação Social, Sociologia e História.

Desse modo, é essencial o tratamento de tais abordagens com um enfoque e contorno interdisciplinares, presentes na maneira com que procuramos fazer essa acumulação de conhecimento, transitando e tencionando os diferentes campos de modo que um responda àquilo que o outro não dá conta.

Nesta dissertação, adotamos o método qualitativo para dar forma interdisciplinar ao problema tratado, encarado como uma interdisciplinaridade de confronto e enfrentamento entre os diferentes campos, ou seja, colocamos distintas culturas epistêmicas e perspectivas filosóficas/epistemológicas em diálogo, utilizando a pesquisa bibliográfica, documental e empírica, em especial por meio das jurisprudências do STF, na busca de uma compreensão para chegarmos a uma síntese e conclusão próprias.

A intenção é garantir que as disciplinas interajam entre si, indo desde uma simples comunicação das ideias dos diferentes autores trabalhados até o confronto e a integração de seus conceitos, interpretando e elaborando um estudo com características interdisciplinares.

Uma discussão restrita unicamente no Direito, cujas bases fortemente positivistas se preocupam mais em contornos legais que propriamente filosóficos, sociológicos e comunicacionais, empobreceria o diálogo proposto. A contribuição de outros campos do saber, em especial a filosofia política, traz novos argumentos que deveriam estar presentes nas ponderações feitas em juízo.

Por ser uma pesquisa interdisciplinar, bibliográfica, documental e empírica, com eficácia social pela relevância do tema e amparada na análise de livros, artigos e jurisprudências do STF, mostra-se viável e atual, com sua realização podendo contribuir para que a liberdade de expressão sempre ganhe papel de destaque na garantia dos direitos humanos.

A função da liberdade de expressão, segundo Sankievicz (2011, p. 48), não é somente garantir um âmbito de liberdade moral para a livre expressão do pensamento, ideologia ou religião, mas também criar uma sociedade realmente pluralista, em que “seja respeitado o igual direito de efetiva participação política de todos os membros da comunidade no sistema de construção de direitos”.

O que se vislumbra em um país democrático é garantir a livre manifestação do pensamento e de expressão, a liberdade de imprensa e o direito à informação. Isso reflete no próprio respeito à dignidade da pessoa humana, discutindo no espaço público questões vitais para termos uma sociedade que saiba dos seus direitos e deveres e que busque incansavelmente sua concretização; em não ceder a atos que atentem contra as liberdades; em travar as batalhas para as reformas tão necessárias em nosso país; para combater o preconceito e enfatizar a igualdade de gênero; buscar a inclusão social; lutar contra a corrupção; garantir o meio ambiente para as atuais e futuras gerações.

Com isso, é possível consubstanciar a democracia no Brasil, com esforços para assegurar a liberdade de expressão, o direito à informação e à liberdade de imprensa e, principalmente, à dignidade da pessoa humana em uma sociedade ainda distante de atingir esse pluralismo ou uma isonomia no exercício de seus direitos e deveres.

Tais expectativas são também um legado da democracia e representam as marcas para atingirmos uma cidadania plena. O que só é possível com a defesa dos direitos fundamentais e, em especial, da liberdade de expressão.

2 O IMPACTO DO PENSAMENTO DE JOHN STUART MILL EM DEFESA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Um dos principais defensores da liberdade no século XIX, o filósofo britânico John Stuart Mill continua atual. Sua obra é alvo dos mais variados critérios interpretativos – das mais extensas críticas a apoios incondicionais. Talvez por sua grande relevância, já que é considerado um dos pensadores mais influentes do seu tempo. Mas muito porque suas concepções se tornaram atemporais. Em meio ao progresso das nossas sociedades, ao imediatismo provocado pelas novas tecnologias, deparamos com retrocessos em que o resgate da sua obra, em especial “A Liberdade”, faz-se necessário para demonstrar não apenas o impacto de seu pensamento, mas para a compreensão da defesa incessante deste bem maior que é a liberdade, sobretudo a liberdade de expressão.

A produção intelectual de Mill, conforme Simões (2016a, p. 19), aclara as tensões existentes entre as exigências teóricas do Liberalismo – corrente a qual Mill se filia – e do Utilitarismo, que tem no filósofo um dos seus maiores expoentes.

Em “A Liberdade”, publicada no ano de 1859, isso se tornará mais evidente. É nesta obra que as ideias de Mill sobre tolerância e direitos, antes dispersas em vários de seus trabalhos, serão defendidas de forma mais estruturada (ÁLVAREZ GÁLVEZ, 2009, p. 325).

Não se trata, como afirma Cranston (1987, p. 85), de ser meramente uma defesa da liberdade na tradição liberal de John Milton e John Locke. A respeito deste último, é necessário um esclarecimento. Locke é frequentemente classificado como o pai do liberalismo por sustentar, conforme Várnagy (2006, p. 46), que todo governo surge de um pacto ou contrato revogável entre indivíduos, com o objetivo de “proteger a vida, a liberdade e a propriedade das pessoas, tendo os signatários o direito de retirar sua confiança no governante e se rebelar quando este não cumprir com sua função”. Apesar de ser essa a posição maioritária dos estudiosos do tema, existem controvérsias. De acordo com Sousa (2017, p. 14), há elementos da concepção republicana de liberdade que podem ser identificados na teoria política de Locke, como os que associam seu conceito de liberdade à ideia de não-dominação, o que desvincularia o filósofo de rótulos como “pai do liberalismo” ou “arquoliberal”.² A teoria dos direitos naturais de Locke, diz Lind (2016), também leva a conclusões mais próximas do realismo moderno (*modern realism*) do que do liberalismo.

² Cf. PETTIT, Philip. **Republicanism: a theory of freedom and government**. Oxford: Oxford University Press, 1999; e SPITZ, Jean-Fabien. **La liberté politique: essai de généalogie conceptuelle**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

“A Liberdade” delineia uma concepção que difere de suas ideias anteriores e, surpreendentemente, com outros escritos do próprio Mill. “Mill descreveu *A Liberdade* como um ‘tipo de livro filosófico de uma única verdade.’ Essa verdade era que ‘o único fim pelo qual é garantido à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um dos seus membros, é a autoproteção.’” (CRANSTON, 1987, p. 85, tradução nossa).³

Esta diferença é explicada pelo fato de que enquanto filósofos liberais anteriores, como o próprio John Locke, descreveram a liberdade como algo a ser assegurado contra as restrições dos governos ou do Estado, Mill representou a liberdade como algo a ser assegurado principalmente contra as restrições de outras pessoas. O “inimigo”, no caso, é a sociedade. É a dominação do indivíduo por leis não escritas, ideias convencionais, regras sociais e opinião pública. Vale dizer, “quando a sociedade é ela mesma a tirana” – no caso sobre os indivíduos que ela compreende –, a sua tirania é pior do que “muitos tipos de opressão política”. “Existe uma necessidade de proteção contra a tendência da sociedade em impor, ‘por outros meios, que as penalidades civis, suas próprias ideias e práticas como regras de conduta àqueles que discordam delas.’” (CRANSTON, 1987, p. 86, tradução nossa).⁴

A “tirania da maioria”, portanto, se agrava quando associada à opressão política, o que vai além dos governos totalitários. A opressão política também pode emanar de grupos dominantes que não medem esforços para assumir ou se perpetuar no poder, manipulando informações e realizando manobras de massa e golpes, até mesmo revestidos de mecanismos legais, para que seu discurso e ideologia hegemônicos prevaleçam, contando com defensores vorazes e intransigentes para combater qualquer tipo de opinião contrária.

Assim, a ideia de que o Estado não é o único responsável por restringir a liberdade – pelo menos não totalmente – se mostra cada vez mais atual. Basta examinarmos que expressar uma opinião se mostra perigoso em determinados círculos e que o debate vem perdendo espaço para a intolerância e as famigeradas *fake news*, que já existiam, porém agora possuem roupagem tecnológica para alienar. Constatamos que não somos, enquanto sociedade, tão fraternos e sem preconceitos como estabelece o preâmbulo da Constituição Federal. O pensamento de Mill, sem dúvidas, pode auxiliar neste debate tão necessário, especialmente para evitar retrocessos e esclarecer que a divergência de opiniões não torna as pessoas inimigas uma das outras.

³ Mill described *On Liberty* as a “kind of philosophic textbook of a single truth.” This truth was that “the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection.”

⁴ A need exists for protection against society’s tendency to impose, “by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them.”

Na visão de Himmelfarb (1993, p. 536), “A Liberdade” foi radical o suficiente em seu próprio tempo, mas é, em certo sentido, ainda mais radical no nosso, porque parece validar ideias contemporâneas sobre liberdade que vão muito além daquelas que Mill pretendia.

O professor Cicero R. de Araújo (2016, p. 10) resume bem o que significa buscar compreender J. S. Mill em nosso tempo: “Os problemas que elencou continuam a ser, basicamente, os de nosso tempo, de tal modo que quem quiser compreendê-los como merecem, não tem como evitar um retorno a Stuart Mill, ainda que de uma perspectiva crítica.”

Importante lembrar que “A Liberdade” foi escrita durante a Era Vitoriana (1837-1901), marcada pela expansão da Revolução Industrial, pela consolidação da Inglaterra como principal potência mundial e pelo período conhecido como *Pax Britannica* (paz britânica), o qual, conforme Lessa (2005, p. 56), estabeleceu uma nova ordem, construída em 1815 após a derrota de Napoleão e a realização do Congresso de Viena. Foi caracterizada pela ausência de guerras prolongadas entre grandes potências – ainda que alguns conflitos regionais tenham eclodido, como a Guerra da Crimeia (1854-1856)⁵ –, perdurando até 1914, com o início da Primeira Guerra Mundial. O professor Antônio Carlos Lessa assim resume esta fase da história:

O longo reinado da Rainha Vitória (1837-1901) coincidiu com o período de apogeu da hegemonia britânica, no qual a Grã-Bretanha assumiu a liderança incontestável nas áreas mercantil, industrial e financeira. O apogeu da hegemonia britânica duraria mais de duas décadas, sendo marcado pelo retorno gradual das tensões características das relações intereuropeias. (LESSA, 2005, p. 100).

De acordo com Cranston (1987, p. 86), era o momento e o lugar em que havia poucas restrições do Estado, diferente daquelas da sociedade, geralmente, onerosas. Nada tinha a ver com a época da Casa de Stuart, em que a liberdade defendida por John Locke era um direito ameaçado pela interferência política.

O fato é que os contemporâneos de Mill raramente eram oprimidos pelo governo. Mas quase todos os indivíduos eram constantemente pressionados por vizinhos, empregadores,

⁵ A tensão regional na Crimeia permanece até os dias atuais. A última crise na região foi agravada pela revolução ucraniana, conhecida como “Euromaidan”, iniciada no fim de 2013 e que culminou na deposição do governo do presidente Viktor Yanukovich. No dia 16 de março de 2014, um referendo popular decidiu, com mais de 95% dos votos, pela separação da península da Ucrânia e anexação ao território russo. A adesão da Crimeia à Federação Russa foi assinada dois dias depois. O processo de anexação, entretanto, é questionado pela comunidade internacional e não é reconhecido pela Ucrânia, EUA e União Europeia, o que levou a Assembleia Geral da ONU a aprovar, em 27 de março daquele ano, uma resolução apontando o referendo como ilegal. A Rússia, por sua vez, ignorou os apelos internacionais e passou a considerar a Crimeia como parte de seu território, ocupando a península e promovendo, desde então, a sua integração.

maridos e pais, que eram dominados, por sua vez, por tabus e convenções regidas por uma série de assuntos, como cortejo (namoro), vestimentas, lazer e resguardo religioso do sábado.

A obra “A Liberdade” teve um impacto tão profundo que não foi bem recebida nem pelos tóris (conservadores pró-rei) e nem pelos *whigs* (liberais pró-Parlamento). Herzen (1994, p. 225-226) relatou que os tóris leram a obra com relutância, enquanto os *whigs* a encararam com ódio. No continente, além de especialistas, tiveram contato com o ensaio as poucas pessoas que gostavam de ler coisas além de jornais e panfletos. O foco de Mill não era a luta contra um governo esclarecido, mas contra a sociedade e os costumes, “contra a força assassina da indiferença, intolerância mesquinha e mediocridade” (HERZEN, 1994, p. 226, tradução nossa).⁶

A liberdade proposta por Mill, portanto, também buscava romper os modelos e estereótipos da sociedade dominante conservadora da época. Outro fato que chama a atenção é que, quando “A Liberdade” foi publicada, menos de 9% da população masculina britânica a partir dos 20 anos tinha o direito de votar. Levou mais de 25 anos para esse número dobrar e a Grã-Bretanha só introduziu o sufrágio universal em 1931 (DONOHUE, 2007, p. 196).

O ano de 1859 é marcado ainda pela morte de dois dos maiores defensores da liberdade individual na Europa, Thomas Babington Macaulay e Alexis de Tocqueville, além do centenário de nascimento de Friedrich Schiller, morto em 1805, e “aclamado como o poeta da personalidade livre e criativa em luta contra as grandes disparidades” (BERLIN, 2000, p. VII). Naquele ano surgiam também “A origem das espécies”, de Charles Darwin, e “A crítica da economia política”, de Karl Marx.

Em termos filosóficos, a influência de Mill parte especialmente do seu pai e guia, o também filósofo James Mill (1773-1836), por sua vez bastante próximo de outro importante filósofo de seu tempo, Jeremy Bentham (1748-1832).

Segundo Crisp (1997, p. 2), Bentham, assim como James Mill, seguia os ensinamentos de Locke ao pensar que todo conhecimento é baseado na experiência sensorial. Ao mesmo tempo, também era um utilitarista, pois acreditava que as ações e instituições humanas deveriam ser dirigidas a promover a maior “utilidade” global, a qual ele se referia como sendo a felicidade ou o prazer – o que chamava de “princípio da maior felicidade” (*the greatest happiness principle*). “Foi provavelmente Bentham quem primeiro sugeriu a James que o jovem John fosse educado como o portador do empirismo, associacionismo e utilitarismo.” (CRISP, 1997, p. 2, tradução nossa).⁷

⁶ “[...] en contra de la fuerza asesina de la indiferencia, la intolerancia mezquina y la mediocridade”.

⁷ It was probably Bentham who first suggested to James that young John be educated as the torchbearer for empiricism, associationism and utilitarianism.

Aos 20 anos, Mill sofreu uma “crise mental”, em decorrência principalmente da educação avançada para a idade que tivera na infância, pois era considerado um prodígio. Foi um ano difícil, mas ao superar essa época passou a dar mais ênfase à importância da individualidade, autonomia e autocultura. Mesmo assim, vivia melancólico. Sua melhora veio depois de ler um trecho da obra “*Memoires d'un père*”, de Jean-François Marmontel (1723-1799), e perceber que não era uma “máquina de calcular”, já que, conforme Riley (1998, p. 17-18), o programa de estudos imposto pelo pai o deixara “irremediavelmente analítico”, sem estímulos a desenvolver paixões e amores próprios. O episódio é narrado pelo próprio Mill:

Estava lendo, casualmente, as Memórias de Marmontel, e cheguei na passagem em que o autor relata a morte de seu pai, a penosa situação da família, e a inspiração repentina mediante a qual ele, então apenas um rapaz, sentiu e fez sentir aos seus que ele seria tudo para eles e que preencheria o vazio deixado por todas as perdas. Uma vívida representação da cena e de suas emoções me dominou e me comovi a ponto de chorar. A partir deste momento, meu fardo se tornou mais leve. A opressão produzida pelo pensamento de que todo sentimento estava morto dentro de mim, havia desaparecido. (MILL, 2006, p. 129).

O momento representou uma virada, tendo, como destaca Riley (1998, p. 18), “dois efeitos muito marcantes” em sua filosofia e caráter. Primeiro, levou Mill a adotar uma abordagem indireta ao objetivo da felicidade, pois a busca direta de sua própria felicidade e prazer o envolveu em uma análise contraproducente na medida em que qualquer ideia de bem público poderia servir como um meio para o fim. Em segundo lugar, sua crise o levou a cultivar “um devido equilíbrio entre as faculdades”, em vez de se concentrar exclusivamente em seus poderes de análise e raciocínio.

A importância real de sua crise, nessa interpretação, é que isso o estimulou a formular uma versão melhor do utilitarismo liberal, um radicalismo 'novo' que retém o que era valioso na 'velha' doutrina Benthamita, mas também faz provisões mais adequadas para o cultivo dos sentimentos superiores e dos arranjos sociais ideais fundados sobre eles. (RILEY, 1998, p. 19, tradução nossa).⁸

De acordo com Crisp (1997, p. 3), este período “pós-crise mental” marcou, assim, os primeiros passos intelectuais de Mill em direções distantes das de seu pai e de Bentham. Ele mergulhou na poesia, especialmente em Wordsworth, e começou a buscar ideias de pensadores

⁸ The real import of his crisis, on this interpretation, is that it stirred him to formulate a better version of liberal utilitarianism, a ‘new’ radicalism that retains what was valuable in the ‘old’ Benthamite doctrine but also makes more adequate provision for the cultivation of the higher feelings and for ideal social arrangements founded upon them.

como o radical e influente ensaísta escocês Thomas Carlyle (1795-1881) e o poeta e filósofo inglês Samuel Taylor Coleridge (1772-1834). Também fez parte de suas novas influências o fundador do socialismo francês, Claude Henri de Rouvroy Saint-Simon (1760-1825), o criador da sociologia, Auguste Comte (1798-1857), e o historiador e teórico político Alexis de Tocqueville (1805-1859).

As novas influências de Mill iam além. Ele era um aristotélico, não um platonista, e acreditava, afirma Crisp (1997, p. 3), que o avanço intelectual viria não da teoria revisionista, mas de uma visão recolhida sistematicamente de diferentes perspectivas e várias fontes. J. S. Mill procurou combinar o respeito pelo rigor e a análise filosófica com uma atenção genuína à cultura e à emoção. E é nessa tentativa de expandir sua herança iluminista que consiste muito de sua importância histórica como filósofo.

O ensaio “A Liberdade” recebeu influência de todo este contexto, representando, como diz Simões (2016b, p. 18-19), a “fase madura” de seus escritos e na qual publica suas principais obras. Riley (1998, p. 23) observa que a obra é a “joia” de um utilitarismo liberal “melhor e mais completo”, cercada por um amplo leque “incomum” de contribuições em praticamente todos os aspectos importantes de uma filosofia democrática liberal.

Para Isaiah Berlin (2000, p. VII), Mill foi “o maior paladino das liberdades civil e intelectual, o homem que formulou os princípios da maneira mais clara e por conseguinte fundou o liberalismo moderno”. Daí o impacto de seu pensamento até os dias de hoje e, em especial, do livro “A Liberdade”, ainda que críticos o vejam repleto de incoerências, como constata Simões (2008, p. 15), já que não causar danos a terceiros, por exemplo, seria uma regra “ambígua, frágil e contraditória”.

No caso dos danos a terceiros, o tema ganhará no Direito contornos específicos e matizados, havendo um tratamento próprio considerando o caso concreto para coibir práticas consideradas abusivas. Isso se tornará mais evidente na análise dos conflitos de direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa de um lado e os direitos da personalidade de outro. Algo que J. S. Mill já alertava no século XIX.

Outra crítica trazida por autores como Robert Paul Wolff e John Plamenatz, observa Simões (2008, p. 15), tem como alvo o conceito de individualidade trazido por Mill, o que para eles seria antiutilitarista. “Para outros, o liberalismo de *A Liberdade* é, ao contrário, uma impostura: uma apologia mascarada à tirania e à vontade do mais forte. Há quem alegue que *A Liberdade* revela um ‘outro Mill’, extravagante, totalmente diferente do Mill de outras obras, moderado e mais prudente.” (SIMÕES, 2008, p. 15).

A interpretação formulada por Berlin (2000, p. XI-XII) desnuda qualquer distorção. Diz o autor que Mill conservou o que considerava verdadeiro ou valioso no utilitarismo, sem ficar atado a regras e princípios desse movimento. Continuou a preconizar que a felicidade era o único fim da existência humana, mas o caminho a ser percorrido era bem diferente do que diziam seus mentores, pois valorizava não mais a racionalidade ou o contentamento, mas a diversidade, a versatilidade e a plenitude da vida. Por isso também perseguia incessantemente a tolerância, o que inclui, por consequência, a diversidade de opiniões.

Odiava e temia a mesquinhez, a uniformidade, o efeito danoso da perseguição, o esmagamento dos indivíduos pelo peso da autoridade, do costume ou da opinião pública; posicionou-se contra o culto à ordem ou ao apuro, ou mesmo contra a paz, se comprados ao preço de se obliterar a variedade e a nuance de seres humanos indômitos com paixões inextinguíveis e imaginações desimpedidas. (BERLIN, 2000, p. XII).

Todos estes elementos fizeram com que o estudo de Mill seja essencial para o liberalismo, principalmente por sua defesa à liberdade de expressão. Nosso objetivo principal é analisar mais a fundo o capítulo II de “A Liberdade” (*Da liberdade de pensamento e discussão*), mas é importante trazermos uma espécie de alerta feito por Devigne (2006, p. 5-6), de que a preocupação da obra sobre as limitações da liberdade fazem parte de uma intenção maior de Mill de reforma do liberalismo inglês e de mostrar que a visão unilateral ou distorcida do Ocidente sobre a moral interferiu no propósito de assegurar a igualdade e o desenvolvimento moral do público em geral.

Neste aspecto, pode parecer que “A Liberdade” traga dois diferentes padrões de indivíduo. De um lado, teríamos um ideal que sintetiza concepções antigas e modernas de liberdade, encorajando desejos e vontades fortes em direção a objetivos que sirvam ao bem público, ao mesmo tempo protegendo a liberdade e a segurança de todos os cidadãos. De outro, um Mill que estabelece uma ideia romântico-expressiva da melhor vida, caracterizada pela espontaneidade, luta e autodesenvolvimento, com o indivíduo experimentando conflitos entre si e as normas e práticas vigentes da sociedade. Uma caracterização que pode ser extremamente precipitada.

Para Donohue (2007, p. 196), Mill pretendia que suas conclusões quanto aos benefícios da liberdade tivessem aplicação universal em qualquer sociedade que atravessasse o limiar mínimo da civilização, mesmo que alguns de seus argumentos em “A Liberdade” fossem especificamente adaptados a um público-alvo britânico que ainda detinha o poder de moldar o destino do governo democrático em 1859. “Mill queria estimular seus leitores contemporâneos

a tomar medidas para criar o tipo de sociedade civil que assegurasse que as instituições democráticas emergentes não degenerassem no domínio popular, mas também queria estabelecer um legado duradouro pela liberdade.” (DONOHUE, 2007, p. 197, tradução nossa).⁹

A obra de Mill atravessou os séculos e seu pensamento reverbera nos principais debates sobre a liberdade, o que é considerado surpreendente por Dworkin (1997, p. ix). Mill está inserido de forma influente em muitos dos mais importantes debates democráticos sobre o papel do Estado na limitação da liberdade, como a questão da censura da pornografia, o discurso de ódio nos campi universitários, a legalização das drogas, os direitos dos homossexuais, a igualdade das mulheres e até mesmo em questões aparentemente mais simples. São pautas frequentemente associadas a discussões do ordenamento jurídico norte-americano, mas que também permeiam o Direito brasileiro. O fato é que os pontos de vista de John Stuart Mill são frequentemente citados, inclusive embasando decisões judiciais, em especial no âmbito da Suprema Corte dos EUA.

O motivo de tanta influência até os dias de hoje, conforme Dworkin (1997, p. x-xi), é porque Mill estava certo – ainda que provavelmente também errasse – mas outros filósofos com visões semelhantes, como Von Humboldt (1769-1859), não alcançaram o mesmo sucesso. E muito disso se deve, segundo o autor, por conta do arcabouço filosófico usado por Mill para defender suas ideias e porque ele era um utilitarista. O utilitarismo carrega aspectos de lógica e de racionalismo, sendo uma estrutura familiar mesmo para aqueles que não possuem um repertório filosófico. Ou seja, é uma doutrina consistente com a visão científica de mundo, sem apelo a uma fé, transformando questões normativas em empíricas como consequência de nossas ações. “Por todas essas razões, o tipo de lógica usada por Mill é familiar e se encaixa nos paradigmas atuais de racionalidade.” (DWORKIN, 1997, p. xi, tradução nossa).¹⁰

Do mesmo modo, prossegue Dworkin (1997, p. xi-xii), as conclusões a que Mill chega são compatíveis com uma sociedade democrática, em que o Estado deve ser limitado no uso das sanções coercitivas da lei para impedir que as pessoas prejudiquem umas às outras. Entra aí muito do princípio do dano, que veremos mais adiante. Não se trata, porém, de uma posição estatal neutra, mas sim de descartar o uso da coerção, pois considerava tal uso ineficaz e sem sentido para atingir seus objetivos. A ideia de coação estatal não é totalmente abandonada, mas há um certo conflito, dentro da Teoria Geral do Direito, se considerarmos que o

⁹ Mill wanted to galvanize his contemporary readers to take action to create the kind of civil society that would ensure that the emerging democratic institutions did not degenerate into mob rule, but he also wanted to stake out an enduring legacy for liberty.

¹⁰ For all these reasons the kind of reasoning used by Mill is both familiar and fits the current paradigms of rationality.

Estado detém um poder de coação incondicionada, o que será abordado no capítulo seguinte. Mesmo assim, os argumentos de Mill dão conta de explicar a importância da limitação deste poder sob o ângulo da liberdade.

Em relação à liberdade de expressão, foco do presente estudo, não é diferente. As opiniões daqueles que defendem ideias falsas e nocivas não devem ser suprimidas, o que não significa deixar de distinguir entre o verdadeiro e o falso. O que deve haver é um enfrentamento, com críticas severas e precisas.

A maneira de combater o discurso danoso é com mais discurso, não com menos. Sua visão de que quando reprimimos a fala, presumimos que somos infalíveis, vinha ao encontro da crítica aparentemente devastadora de que, ao suprimir falsas visões, supomos apenas que estamos corretos (embora falíveis). O ponto de Mill, no entanto, é metodológico; só temos o direito de supor que estamos corretos se nossos pontos de vista tiverem sido expostos à mais ampla gama de opiniões divergentes e críticas. (DWORKIN, 1997, p. xii, tradução nossa).¹¹

Mas será que essa exposição excessiva, ressaltada pelo uso frenético das redes sociais, não pode criar uma banalização do pensamento de Mill ou transformá-lo em lugar comum, em especial no espaço público? Afinal, o filósofo passou a ser citado para defender quaisquer situações que representem de alguma forma uma ameaça à liberdade individual.

A resposta a este questionamento é negativa. Uma suposta banalização ou uso do discurso pelo senso comum¹² é afastada quando percebemos que as ideias de Mill não necessariamente se popularizaram, mas são apropriadas para uma finalidade maior: a garantia de um direito fundamental à liberdade de expressão, aos direitos humanos e à democracia. Um reforço extremamente necessário.

As concepções millianas conversam com o nosso tempo, encontram amparo em nossa sociedade, pois, como afirma Dworkin (1997, p. xii), são coerentes com a opinião moral

¹¹ The way to combat harmful speech is with more speech, not with less. His view that when we suppress speech we assume we are infallible has been met with the seemingly devastating criticism that in suppressing false views we only assume that we are correct (although fallible). Mill's point, however, is methodological; we are only entitled to assume we are correct if our views have been exposed to the widest range of differing and critical opinions.

¹² É preciso afastar os aspectos negativos do senso comum. De acordo com Santos (1989, p. 39-45), ao surgir enquanto conceito filosófico, no século XVIII, o senso comum se pretendia natural, razoável e prudente, tendo sido desvalorizado com o tempo e passando a significar um conhecimento superficial, ilusório e até preconceituoso. Esse caráter, porém, pode ser mais ou menos acentuado a depender das relações sociais cujo sentido ele procura restituir. Ao propor uma dupla ruptura epistemológica, o autor pretende formar “um senso comum esclarecido e uma ciência prudente”, ou seja, um saber prático que dá sentido e orientação à existência e cria o hábito de decidir bem. Assim, a positividade do senso comum vai residir na sua contribuição para um projeto de emancipação cultural e social.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

e legal contemporânea. Tudo isso mostra porque “A Liberdade” continua a ser esclarecedora e a apoiar nosso pensamento para questões de vital importância para uma democracia. É, de certa maneira, uma obra “libertadora”, retirando amarras da intolerância e do preconceito.

A compreensão deste ensaio e do próprio Mill, todavia, não é simples. Tanto que as correntes interpretativas do filósofo se dividem entre a chamada visão “tradicional” e as recentes interpretações, denominadas “revisionistas”. De certo modo, verificam a existência de “dois Mills”, dada uma suposta instabilidade do filósofo.

Os tradicionalistas, segundo Gray (1979, p. 9), consideram que os limites da intervenção estatal presentes em “A Liberdade” são impossíveis, mas interessantes no sentido de se fundar uma teoria de prioridade da liberdade – que faria parte de uma abordagem mais abrangente sobre teoria da justiça e direitos morais –, em uma ética utilitarista. Algo que Mill estava ciente e já rebatia em sua obra “Utilitarismo”.

Apesar disso, a corrente tradicional, diz Gray (1979, p. 9), insiste que o utilitarismo liberal é fraco e incoerente, pois formado por dois elementos incompatíveis: *(i)* um elemento teleológico ou maximizador, no qual o único dever de qualquer homem ou governo é promover o bem maior e *(ii)* um elemento deontológico ou de “restrição moral”, no qual os indivíduos são reconhecidos como possuidores de direitos morais invioláveis contra o tratamento injusto do Estado ou da sociedade. O dilema criado questiona o que ocorre se, para alcançar o maior bem social, for preciso exigir o sacrifício de algum indivíduo. Por isso os tratam como elementos incompatíveis.

Tal incerteza, porém, frequentemente permeiam os debates sobre Justiça e moral¹³ e possuem maior tensão no campo do Direito Penal, em especial quando se discute o exercício da autonomia pelo indivíduo, ou melhor, o consentimento do ofendido, diante de bens considerados indisponíveis, como a vida e a saúde.

O consentimento do ofendido, na definição de Masson (2014, p. 396), é a “anuência do titular do bem jurídico ao fato típico praticado por alguém”, o que é aceito como causa supralegal de exclusão da ilicitude. Uma das principais teorias para fundamentar esta aceitação, continua o autor, é a ausência de interesse do Estado, já que o próprio titular do bem jurídico, de cunho disponível, “não tem vontade na aplicação do Direito Penal”.

A crítica a essa teoria recai no fato de que não seria possível outorgar a alguém tamanho poder de decisão, já que a pessoa pode se equivocar. Tal argumento encontra-se no

¹³ Sobre o tema, indicamos a leitura de SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

extremo oposto do pensamento de Mill, que leva em conta esta hipótese, mas considera o indivíduo como o melhor juiz de si mesmo.

Outra questão pertinente é que o consentimento só é válido se o bem ou interesse jurídico protegido for disponível. “Se indisponível o bem jurídico, há interesse privativo do Estado e o particular dele não pode renunciar.” (MASSON, 2014, p. 397). Neste ponto, o Estado assume uma postura paternalista e intervém para proteger o bem ameaçado.

Retomando a corrente tradicional, uma crítica contundente apontada por Gray (1979, p. 11) é feita por Fitzjames Stephen (1829-1894), o qual afirma que a prova utilitarista funcionará apenas se contar com uma avaliação altamente otimista da prudência e da virtude do homem sensual comum e de sua verdadeira psicologia moral. Mill negligenciaria o papel central da paixão, preconceito e perversidade moral na vida humana. Como, então, confiar nos homens para promover a utilidade social? “A defesa argumentativa baseada em princípios da doutrina de A Liberdade foi, de fato, uma posição minoritária durante a maior parte do pensamento e das letras inglesas do século XIX.” (GRAY, 1979, p. 11, tradução nossa).¹⁴

A forma como “A Liberdade” foi aceita (ou melhor, criticada), considerando a ruptura do modelo que propunha no século XIX, é compreensível, por isso os esforços de releitura de Mill são tão importantes, devendo as interpretações revisionistas receberem um olhar mais atento. Conforme Gray (1979, p. 12), houve interpretações errôneas dos princípios centrais da utilidade e da liberdade de Mill. Isso porque, as visões de Mill sobre utilidade e liberdade só podem ser apropriadamente declaradas com os termos e as distinções destacadas de sua própria teoria geral da natureza humana e do raciocínio prático, a começar pelo esclarecimento do princípio da utilidade de Mill.

Neste sentido, autores como Alan Ryan, Donald G. Brown, J. P. Dryer e David Lyons serão de suma importância. Simões (2016b, p. 19) lembra ainda das contribuições de Fred Berger, J. C. Rees, C. L. Tien, Henry West, Roger Crisp, Jonathan Riley, John Gray, Esperanza Guisán, David O. Brink e Dale Miller, todos pertencentes à visão revisionista e que têm procurado analisar e defender os textos de Mill, os quais, “ainda que matizados e complexos, são detentores de uma consistência interna”.

Para os adeptos a esta corrente, afirma Gray (1979, p. 12), o princípio da utilidade de Mill não é um princípio clássico agregativo ou um princípio moral substantivo. Trata-se de um princípio bastante abstrato, especificando que a felicidade, por si, só era valiosa para o seu próprio bem. A felicidade governava não apenas a moralidade, mas todas as áreas de prática

¹⁴ Principled argumentative defense of the doctrine of On Liberty was, in fact, a minority position throughout most of nineteenth-century English thought and letters.

identificadas na teoria da "Arte da Vida", exposta na sua obra "*A System of Logic*" (1843). Por esta doutrina, são diferenciados juízos de caráter propriamente moral e juízos que avaliam ações – ou caracteres humanos – em termos de sua prudência ou de sua nobreza.

De acordo com Gray (1979, p. 13), a teoria da moralidade e da obrigação moral de Mill tem dois níveis, um conceitual e outro substantivo. No nível conceitual, Mill propõe que nós julgamos algo moralmente certo ou errado somente se o seu desempenho puder ser aplicado e a sua omissão punida. Há uma conexão conceitual necessária entre a ideia de um julgamento moral e a legitimidade de sua aplicação. Mill acredita na aplicação da moralidade, não necessariamente a moralidade popular ou positiva do preconceito e da tradição, mas sim a moralidade "crítica" sancionada pelo utilitarismo, que é o tema de "Utilitarismo" e "A Liberdade".

Ambos os ensaios são vistos como incompatíveis, por isso os "dois Mills". Segundo Simões (2016b, p. 22-23), a confusão costuma ocorrer porque Mill parece defender na obra "Utilitarismo" que devemos sempre "maximizar" a felicidade geral para todas as pessoas, enquanto que em "A Liberdade" argumenta que a sociedade pode interferir na liberdade dos indivíduos somente para prevenir danos a terceiros, em outras palavras, não haveria possibilidade de interferência ainda que possa trazer benefícios amplos e gerais em felicidade.

"Como um utilitarista, pode parecer natural que Mill permita que a sociedade exerça o seu poder sobre o indivíduo, não importando qual justificação possua, para a promoção da felicidade geral, enquanto que seu liberalismo claramente não o permite." (SIMÕES, 2016b, p. 22-23).

A interpretação revisionista altera esta percepção irreconciliável e mostra que seu trabalho abriga tanto direitos fundamentais como sua teoria moral utilitarista. Fitzpatrick (2006, p. 1-4) é um dos autores que defende esta ideia. Para ele, os novos críticos, os quais chama de "opponentes sofisticados do utilitarismo", tendo como um dos principais representantes John Rawls, estão equivocados. Mesmo que admitam que o utilitarismo possa apoiar alguns tipos de direitos, o sistema de direitos que o utilitarismo pode sustentar não seria suficiente para proteger as liberdades individuais necessárias para uma teoria liberal da justiça. Isso porque, sob o utilitarismo, os direitos individuais tornam-se tão truncados ou condicionais que os direitos defendidos por ele não conferem aos indivíduos a proteção que uma teoria aceitável da justiça forneceria.

O utilitarismo liberal de Mill, todavia, pode apoiar um sistema de direitos rico o suficiente para garantir a liberdade individual, devendo ser observadas quatro importantes questões: (i) o utilitarismo é, em sua essência, uma teoria moral que leva a sério o direito à igual consideração; (ii) o princípio da liberdade é baseado em direitos e obrigações; (iii) Mill não é

um utilitarista maximizador e sim um minimalista moral e (iv) as acusações de John Rawls de que o utilitarismo não pode ser usado para apoiar princípios de justiça não são tão prejudiciais para uma teoria milliana de justiça quanto se costuma acreditar.

Para Guisán (2008, p. 11-12), o trabalho de Mill é tão complexo e sutil que poucos conseguem analisar seus pressupostos ou conceitos de moral e política. A autora critica inclusive o pensamento de Rawls e Dworkin, considerando-os incapazes de apontar fundamentações que não sejam meramente prudenciais, “instituições” ou “convenções”.

Mill nos oferece a única razão que justifica nossa conduta como seres individuais e sociais, que não é outra senão aquela que Platão propusera com razão, a saber: a conquista por meio da vida virtuosa da vida profundamente alegre, própria de indivíduos que se unem em um projeto comum que abrange a todos igualmente. (GUISÁN, 2008, p. 12, tradução nossa).¹⁵

Ainda que a relação de Mill com seu liberalismo e utilitarismo possa não ser em toda harmoniosa, havendo, como em todo grande pensador, pontos de maior ou menor grau de divergência, devemos analisar sempre o conjunto de sua obra. O utilitarismo de Mill – que difere daquele de seus grandes mestres, chamado por Esperanza Guisán (2006) de “utilitarismo primitivo” –, não apenas pode dialogar com o liberalismo que propõe, como também embasar uma teoria própria de justiça e, sobretudo, auxiliar a enfrentar debates sempre atuais envolvendo as liberdades individuais, em especial a liberdade de expressão.

Neste sentido, afirma John Gray: “Encontramos em J.S.Mill [...] uma espécie distinta e poderosa de utilitarismo indireto, que não possui a maioria das falhas corretamente atribuídas a outras formas de utilitarismo, e que é capaz de gerar uma coerente e plausível teoria de justiça e do direito moral para a liberdade.” (GRAY, 1996, p. x, tradução nossa).¹⁶

O utilitarismo, segundo Simões (2016c, p. 12), possui diversas configurações, sendo as mais importantes para o presente estudo o utilitarismo direto ou de atos e o utilitarismo indireto ou de regras. “O utilitarismo de atos é uma modalidade de julgamento e desenvolvimento de ações que proporcionem, ou possam proporcionar, a escolha do melhor curso de ação e que gere consequências favoráveis ao agente e aos concernidos”. Equivale a dizer que o agente, ao ter de escolher qual será a melhor ação a ser tomada, irá refletir e decidir por aquela

¹⁵ Mill nos ofrece la única razón que justifica nuestra conducta como seres individuales y sociales, que no es otra que la que Platón había propuesto con acierto, a saber: la consecución mediante la vida virtuosa de la vida profundamente gozosa, propia de individuos que se hermanan en un proyecto común que abarca a todos por igual.

¹⁶ We find in J.S.Mill [...] a distinctive and powerful species of indirect utilitarianism, which lacks most of the failings rightly attributed to other forms of utilitarianism, and which is capable of generating a coherent and plausible theory of justice and of the moral right to liberty.

que proporcione efeitos positivos ou que minimize possíveis danos, considerando sempre o seu bem-estar (*well-being*) e felicidade. “Neste sentido, nem o Estado nem a Sociedade teria o direito legal ou moral de intervir sobre a conduta do agente.” (SIMÕES, 2016c, p. 13).

De outro lado, temos o utilitarismo de regras, em que o sujeito da ação deve aplicá-lo ao conjunto das regras que parecem governar a ação, agindo em consonância com a melhor delas, “em vez de aplicar o princípio diretamente ao conjunto de possíveis ações enfrentadas no momento de uma tomada de decisão” (SIMÕES, 2016c, p. 13). Um ato será considerado correto se a sua aceitação para a felicidade humana for tão grande quanto toda alternativa que poderia ser tomada pelo agente.

Para o autor, ainda assim esta concepção do utilitarismo não representa integralmente o que é defendido por Mill, o que nos faz pensar numa espécie de utilitarismo híbrido entre o de atos e o de regras aplicado pelo filósofo. O fato é que o utilitarismo de Mill consegue rebater de forma sólida os pontos em que costuma ser criticado:

Mais do que simplesmente equiparar conveniência e utilidade, Mill refina o utilitarismo e o faz imune às críticas que pareciam afetar o utilitarismo. [...] Mill sofisticou o utilitarismo, tornando-o uma teoria que melhor abriga as preocupações legítimas daqueles que procuram solucionar problemas atinentes ao bem-estar, à felicidade, aos direitos e à justiça. (SIMÕES, 2016c, p. 18).

Toda esta aparente inconsistência entre os princípios de Mill ainda são alvos de intensos debates, mas conforme avançarmos em seu estudo, buscaremos apontar a reconciliação entre eles. A liberdade de expressão, enquanto um dos principais direitos fundamentais do indivíduo e que é determinante para o exercício da liberdade de imprensa, é o melhor exemplo de como Mill se preocupa em inseri-la num sistema de justiça utilitarista. Mas ele o faz ao seu modo, não da maneira considerada clássica, que se tornou habitual e contribui para gerar supostas incongruências.

Como afirma Gray (1989, p. 1), o liberalismo de Mill tem uma relevância que transcende a época em que foi escrito e vai ao encontro de necessidades duradouras e amplamente sentidas. Seus escritos, continua o autor, contêm um argumento voltado para uma sociedade aberta e que deve ser lembrado por toda geração. São especialmente relevantes para aqueles que são céticos às reivindicações dos sistemas coletivista e totalitário, ou que permanecem insatisfeitos com qualquer tipo de conservadorismo puramente defensivo. Servem ainda para quem busca uma forma de radicalismo que não tenha medo de contemplar a necessidade de mudanças maciças nas políticas e instituições atuais, mas que mantenha uma posição clara sobre os perigos de toda essa engenharia social em larga escala.

Aqueles que estão à procura de um radicalismo de mente aberta desse tipo descobrirão que Mill se dedica a alguns dos problemas mais urgentes que enfrentamos hoje. É difícil acreditar que o debate contemporâneo não tenha sofrido por negligenciar a contribuição distintiva de Mill à tradição liberal. (GRAY, 1989, p. 1, tradução nossa).¹⁷

Na visão de Guisán (2008, p. 14-15), o que é importante em Mill, e dificilmente refutável, é o fato de sua ética estar fundamentada nas preferências das pessoas enquanto seres complexos, com inteligência e sensibilidade suscetíveis de serem desenvolvidas até limites que impressionem.

O que a diferencia do pensamento de Kant ou Rawls não é baseado na racionalidade pura ou na razoabilidade,¹⁸ ou ainda em um contrato.

Mill evita o dogmatismo ou o relativismo e busca uma fundamentação sólida de uma ética que seja algo mais que o resultado de um acordo pragmático ou de uma suposta “razão” estranha aos nossos desejos mais profundos. Por isso, “A Liberdade” e “Utilitarismo” são obras que se complementam.

“A Liberdade” representa, para Gray (1996, p. ix), a passagem mais importante em uma linha de argumentação sobre liberdade, utilidade e direitos que Mill sustentou ao longo de seus escritos morais e políticos mais importantes.

O ensaio está longe de ser inconsistente, trazendo o que o autor chama de “Doutrina da Liberdade de Mill”, uma defesa dada em termos utilitários da instituição de um sistema de direitos morais no qual o direito à liberdade é prioritário. E é justamente na apresentação de uma teoria utilitarista da justiça e dos direitos morais, e na sua defesa da importância primordial do direito à liberdade, que ainda reside a maior originalidade de Mill, conforme passaremos a expor.

Ao mesmo tempo em que Mill pretendia atingir o status dominante de sua época e, por meio de sua reflexão, influenciar as atuais e novas gerações, traçou linhas que somente as democracias mais abertas estariam aptas a aceitar, não somente considerando o Estado, mas seus próprios cidadãos. Talvez ainda hoje sua obra fale do futuro ou de um ideal almejado.

¹⁷ Those who are looking for an open-minded radicalism of this kind will find that Mill addresses himself to some of the most pressing problems that we face today. It is hard to believe that contemporary debate has not suffered through neglect of Mill's distinctive contribution to the liberal tradition.

¹⁸ O termo em espanhol usado pela autora é “razonabilidad a secas”, traduzido no Direito brasileiro como o princípio da razoabilidade, técnica de resolução de conflitos entre direitos constitucionais ou bens ou interesses de igual relevância constitucional que recorre a soluções baseadas nos princípios interpretativos de unidade de constituição e concordância prática. Basicamente, refere-se à proibição da arbitrariedade e exige que todos os limites de direitos tenham um propósito valioso constitucionalmente.

2.1 O princípio da liberdade e do dano em Mill

Um dos aspectos mais relevantes trazidos em “A Liberdade”, alvo de constantes debates, fica para dois princípios, que se inter-relacionam, conhecidos como princípio da liberdade e princípio do dano.

Estes princípios dão os contornos do ensaio de Mill e são essenciais para compreender o alcance de seu pensamento ao defender a liberdade de expressão. Importante salientar que Mill rompe com as teorias contratualistas, como de Locke, Hobbes e Rousseau. Em sua visão:

Embora a sociedade não se funde sobre um contrato, e ainda que de nada sirva inventar um contrato para se deduzirem obrigações sociais, todos os que recebem a proteção da sociedade lhe devem uma retribuição por tal benefício, e o fato de viver em sociedade torna indispensável que cada um esteja obrigado a observar uma certa linha de conduta para com os demais. (MILL, 2000, p. 115).

Neste sentido, Simões (2008, p. 18-19) observa que o filósofo limita a interferência “legítima” da sociedade sobre seus membros, sendo contra a proposta de instituição de espécies de cláusulas que tornem possível o contrato e façam o cidadão se comprometer antecipadamente com os direitos que o contrato social busca justificar. “Ele pleiteia a mais ampla liberdade individual, apontando uma área ao redor do indivíduo que nem a sociedade nem o Estado estão autorizados a agir.” Por isso questionamos o quão legítima poderia ser para Mill uma interferência da sociedade na esfera individual. A resposta é dada pela análise de ambos os princípios.

O princípio da liberdade, em Mill, é limitado pelo que pode ser chamado de “condição de dano”, ou seja, pessoas adultas e “na maturidade de suas faculdades” devem ser livres de restrições legais ou sociais para fazer o que quiserem, desde que suas ações não prejudiquem terceiros. Uma comunidade tem direito, por meio de suas leis ou por meio da pressão social, de prevenir e impedir alguém de fazer algo que prejudique o outro – o que pode ser chamado de “princípio do dano privado” –, mas não de obrigar alguém a fazer ou não fazer aquilo que julga ser prejudicial apenas ao agente (ARCHARD, 1990, p. 453).

Pode, ainda, justificar a coerção para “impedir o enfraquecimento das práticas institucionais e dos sistemas normativos de interesse público”, denominado “princípio do dano público” (SIMÕES, 2008, p. 20).

O princípio da liberdade, portanto, é antipaternalista,¹⁹ mas para Mill há uma outra exceção bem clara, presente no caso de alguém aceitar se submeter a uma “escravidão voluntária” (ARCHARD, 1990, p. 453).

De acordo com Simões (2008, p. 20), Mill, ao elaborar o princípio do dano, está, na verdade, “apresentando seu comprometimento com os ‘direitos’ individuais que estão embutidos no mesmo princípio e que representam uma noção altamente significativa da existência humana”.

Assim, não será qualquer arranjo contratual que deve ser tolerado pela sociedade. Isso é de suma importância para examinarmos que pode haver limites não apenas quando envolver danos a terceiros, mas também quando a própria liberdade enfrentar o risco de ser tolhida, o que provocará embates e críticas ao pensamento de Mill.

Para esclarecer essa questão, Simões (2016b, p. 23) propõe uma reflexão, mostrando que não se pode considerar o princípio da liberdade nem “simples” e nem “absoluto”. Caso contrário, teríamos uma multiplicidade de hipóteses. Como exemplo, seria possível defender a “coerência da doutrina da liberdade de Mill, a sua lógica e sua atualidade”, mas também a sua “incoerência e sua impraticabilidade”.

Por esta razão, Sandel (2018, p. 64) diz que o princípio de liberdade pareceria necessitar de uma base moral mais concreta do que o princípio da utilidade de Bentham, um argumento rechaçado pelo próprio Mill, que vê a liberdade individual dependente de considerações utilitaristas:

É oportuno declarar que renuncio a qualquer vantagem que se pudesse obter da ideia de direito abstrato como independente da utilidade. Considero a utilidade como a solução última de todas as questões éticas, devendo-se empregá-la, porém, em seu sentido amplo, a saber, a utilidade fundamentada nos interesses permanentes do homem como um ser de progresso. (MILL, 2000, p. 19).

Conforme Sandel (2018, p. 65), a utilidade na visão de Mill deve ser maximizada em longo prazo, e não caso a caso, fazendo com que o respeito à liberdade individual leve, com o passar do tempo, à máxima felicidade humana. “Permitir que a maioria se imponha aos dissidentes ou censure os livres-pensadores pode maximizar a utilidade hoje, porém tornará a sociedade pior – e menos feliz – no longo prazo.”

¹⁹ O antipaternalismo é definido por Arneson (1982, p. 44) como a doutrina de que em uma sociedade civilizada é sempre errado privar um adulto são, sem debilidade mental, da liberdade, contra sua vontade, para o seu próprio bem – com a exceção de “uma única classe de casos de contratos em perpetuidade” nos quais as pessoas tentam comprometer-se irrevogavelmente para o futuro distante.

Ocorre que, na visão de Sandel (2018, p. 65), as “especulações” de Mill não fornecem uma base moral convincente para os direitos do indivíduo. E enumera duas razões: primeiro, o respeito aos direitos individuais visando à promoção social torna os direitos reféns da contingência. Em segundo lugar, basear os direitos individuais no utilitarismo faz com que não consideremos a ideia de que a violação dos direitos de alguém inflige um mal ao indivíduo, qualquer que seja seu efeito no bem-estar geral. A resposta de Mill a estes questionamentos, na opinião do autor, o faria sair dos limites da moral utilitarista.

O tipo de reflexão feita por Michael Sandel sempre esteve presente, em maior ou menor grau, quando se discute o princípio da liberdade e do dano em Mill.

As críticas, aliás, podem ser encontradas desde Charles Dupont-White (1807-1878), o primeiro a traduzir “A Liberdade” para o francês e para quem tal princípio trazia exceções em demasia e por isso não era sustentável. “Vemos até que ponto as exceções admitidas pelo livro *A Liberdade* suportam. Além disso, em cada página a exceção transborda e quebra o princípio.” (DUPONT-WHITE, 1864, p. 18-19, tradução nossa).²⁰ Mill (1972, p. 715), em carta encaminhada a Charles Dupont-White datada de 24 de dezembro de 1860, aceita bem a opinião do advogado e economista francês, mas afirma que as “grandes reservas” que fez para os casos em que alguém usa sua liberdade de maneira prejudicial aos outros respondia de forma suficiente a uma boa parte de suas observações. “As questões que só podem ser vistas em grandes concessões de ambos os lados são aquelas que mais ganham uma discussão pelo tempo suficiente de se tornarem justas.” (MILL, 1972, p. 715, tradução nossa).²¹

De forma mais contundente, James Fitzjames Stephen (1829-1894) trará o que chama de “incoerências” do princípio da liberdade proposto por Mill em sua obra mais conhecida, *“Liberty, Equality, Fraternity”*. A partir daí a lista de críticos se tornou crescente. Além destes dois, Simões (2016b, p. 23-24) aponta outros exemplos, como Shirley Robin Letwin (1924-1993), para quem “o caráter absoluto” do princípio da liberdade de Mill está ligado somente a uma “elite intelectual”; Henry McCloskey, que considera tal princípio um risco à democracia e ao funcionalismo social; e Maurice Cranston, em especial no “efeito devastador” deste princípio sobre a moral e o consenso social. “Cada um destes intérpretes denuncia o que pensa ser um exagero, uma utopia, uma insuficiência, ou mesmo uma traição por parte de Mill do princípio da utilidade.” (SIMÕES, 2016b, p. 24).

²⁰ On voit jusqu'où portent les exceptions admises par le livre de la Liberté. Au surplus, à chaque page l'exception déborde et crève le principe.

²¹ Les questions qui ne peuvent se vider que par de grandes concessions de part et d'autre, sont celles qui gagnent le plus à une discussion assez prolongée pour devenir serrée.

Seguindo ainda esta linha de críticos, a interpretação de Maurice Cowling (1990) desperta atenção. Para ele, a delimitação do poder da sociedade e do governo em relação ao indivíduo feita por Mill não tem por objetivo salvaguardar o direito natural dos indivíduos a serem livres, mas sim impor limitações à pressão social exercida sob o indivíduo para se conformar.

A busca da liberdade individual para Mill, prossegue o autor, não é, por si só, um fim apropriado da ação social. Os indivíduos devem ser deixados tão livres quanto possível da pressão social porque, se não forem, a sociedade encontraria mais dificuldades para alcançar as suas finalidades.

“A liberdade individual deve ser maximizada, não porque a diversidade de opiniões seja desejável em si mesma, mas porque, sem diversidade de opinião, é improvável que os homens se aproximem mais da verdade do que fizeram até agora.” (COWLING, 1990, p. 41, tradução nossa).²² Simões (2016b, p. 24) sintetiza esta abordagem afirmando que Cowling nega o liberalismo presente em “A Liberdade” para denunciar a “impostura” do ensaio e concluir que o princípio da liberdade nada mais é que um princípio de “tirania disfarçada”.

Outro posicionamento que precisa ser pontuado é o de John Gray, que curiosamente muda de opinião sobre o princípio da liberdade de Mill. Em um primeiro momento, tece elogios e critica as interpretações que veem incoerências e inconsistências do pensamento do filósofo britânico, mas posteriormente adota o mesmo discurso. Vamos, inicialmente, à defesa formulada por Gray.

De acordo com John Gray (1996, p. 4), Mill trata o princípio da liberdade de forma distinta e independente do princípio da utilidade, por isso sua aplicação também deve ser diferente. O grande problema é que para os intérpretes tradicionais de “A Liberdade” há um conflito entre o princípio da utilidade e o da liberdade.

Para eles, Mill representa seu princípio da liberdade não como uma regra falível, mas como uma barreira absoluta contra políticas de promoção da utilidade. A reflexão é a seguinte: se o princípio da liberdade diz que nenhuma limitação da liberdade pode ser sancionada a menos que previna danos a outros, caso a liberdade fosse limitada para promover a felicidade ou o bem-estar a muitas pessoas, ela não poderia ser justificada. Ao mesmo tempo, quando especifica como uma condição necessária de impor qualquer limite à liberdade impedir danos a terceiros, o princípio da liberdade de Mill estabelece uma condição necessária e suficiente de poder haver qualquer razão para limitar a liberdade (GRAY, 1996, p. 3).

²² Individual freedom must be maximized, not because diversity of opinion is desirable in itself, but because, without diversity of opinion, men are unlikely to approach nearer to truth than they have done hitherto.

Esta interpretação tradicionalista do ensaio de J. S. Mill também não está livre de questionamentos.

Deveríamos, então, permitir a ocorrência de danos a terceiros em nome de uma liberdade irrestrita e absoluta? Será que dar salvaguarda a abusos é exercer a liberdade? Basta a reparação do dano *a posteriori*? Essa reparação realmente é suficiente? São dúvidas que permeiam o nosso Direito contemporâneo e que não escapam de uma exigência de ponderação, especialmente ao falarmos sobre a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e o exercício de tantos outros direitos fundamentais.

O princípio da liberdade, conforme Gray (1996, p. 7-8), possui caráter predominantemente distributivo, isto é, atribui direitos a seus portadores e nada diz sobre maximizar ou mesmo promover qualquer valor, diferente de princípios utilitaristas, que distribuem direitos morais, cujos objetos devem ser a soma da felicidade existente ou a ser produzida pela ação. O princípio da liberdade de Mill é, portanto, um princípio mais semelhante a um elemento de teoria da justiça, e não meramente de moralidade. “Uma teoria de que o que é bom pode, sem dúvida, ser necessário para especificar o conteúdo dos direitos distribuídos sob uma concepção de justiça, mas permanece o ponto de que o Princípio da Liberdade é indiferente à quantidade total de bens que sua implementação pode gerar.” (GRAY, 1996, p. 8, tradução nossa).²³

A visão revisionista traz uma nova interpretação não apenas sobre o princípio da liberdade, mas de toda a obra de Mill, mostrando uma série de conexões “negligenciadas” entre os escritos do filósofo e enfocando distinções que haviam sido quase totalmente ignoradas até as últimas décadas (GRAY, 1996, p. 11).

Um dos problemas apontados por Rees (1960, p. 115-116) é que as interpretações tradicionais, baseadas no princípio do dano, classificam as ações humanas em duas categorias: de um lado, aquelas que dizem respeito apenas ao agente; de outro, as ações que interessam a outros além do agente. Tal distinção, para ele, é impossível de ser sustentada, já que supõe que o princípio de Mill depende de sua validade em algumas ações, incluindo atos importantes, que são livres de consequências sociais, ou seja, não afetam ninguém além do próprio indivíduo.

A principal atenção que se deve ter na leitura de Mill fica para a segunda classificação das categorias de ações, aquelas que são prejudiciais aos “interesses de outros”, e não simplesmente prejudiciais aos “outros”. Uma diferença bastante importante, pois mostra que

²³ A theory of what is good may, no doubt, be necessary to specify the content of the rights distributed under a conception of justice, but the point still remains that the Principle of Liberty is indifferent to the aggregate amount of good that its implementation might yield.

Mill pensava em “interesses” e não apenas em “efeitos”. Na prática, isso tem grande repercussão, pois, conforme Rees (1960, p. 118), é perfeitamente possível uma pessoa ser atingida pelo comportamento de outra sem que seus interesses sejam necessariamente afetados.

“Assim, quando Mill diz que o controle social é permissível apenas nos casos em que a conduta de alguém ‘preocupa os outros’, não somos obrigados a supor que ele se refira a ações que apenas tenham ‘efeitos’ sobre os outros.” (REES, 1960, p. 120, tradução nossa).²⁴ Trata-se, assim, de um conceito de “dano aos interesses”.

E o que vem a ser estes interesses? Rees (1960, p. 119) enfatiza que os interesses dependem da sua existência no reconhecimento social e estão intimamente ligados a padrões vigentes sobre o tipo de comportamento que um homem pode esperar.

Esta visão de Rees trará um impacto importante para a própria restrição do princípio da liberdade. Não será, portanto, qualquer tipo de ação que cause um suposto dano que deva limitar o exercício deste direito, mas sim que afete os interesses daquela pessoa e que por isso cause danos, ainda que a determinação destes interesses não seja tarefa fácil para se demonstrar.

Por estes motivos Rees (1960, p. 122-123) vai além e traz outra reflexão partindo do próprio pensamento de Mill, que prega o respeito aos direitos legais, constituídos, pois leva em conta a lei e não a opinião. Alguns interesses, por conseguinte, devem ser considerados direitos, pois gozam de proteção legal. Já outros interesses não receberão esse mesmo tratamento, embora Mill não exclua a possibilidade de que possam ser considerados direitos, ainda que “não legais”.

De forma indireta, alguns interesses se sobreporiam a outros, como ocorre, por exemplo, com os direitos fundamentais. E, neste aspecto, Mill identifica como interesses mais importantes do homem seus interesses em autonomia – apesar de não usar diretamente o termo – e em segurança.

[...] O interesse que envolvem é o da segurança, o mais vital de todos os interesses, conforme cada um pode bem sentir. Todos os outros bens terrenos, necessários a um indivíduo, não o são a outro; e muitos desses bens podem, se necessário, ser sacrificados de bom grado ou substituídos por outros. Mas nenhum ser humano pode passar sem segurança; dela depende toda a nossa imunidade ao mal e o valor total de cada um e de todos os bens, para além do presente transitório. (MILL, 2000, p. 261).

²⁴ Thus when Mill says that social control is permissible only in cases when one’s conduct “concerns others” we are not compelled to assume that he means actions which just have “effects” on others.

Tais regras morais irão fundamentar, para Mill, as obrigações de justiça, revelando uma hierarquização entre elas:

[...] os mais notórios casos de injustiça, e os que provocam com mais intensidade a impressão de repugnância característica do sentimento de injustiça, são os atos de agressão injustificada ou de abuso de poder sobre alguém; em seguida vêm os atos que consistem na retenção injustificada do que a alguém é devido; nos dois casos, inflige-se à pessoa um mal positivo, quer sob a forma de sofrimento direto, quer de privação de algum bem, de natureza física ou social, com o qual tinha razoáveis motivos para contar. (MILL, 2000, p. 270-271).

Assim, conforme Gray (1981, p. 100-101), esses interesses são satisfeitos quando os homens se abstêm de invadir a autonomia uns dos outros e de minar a segurança uns dos outros. E a menos que esses interesses vitais sejam postos em perigo, nenhuma política que vise a impedir os homens de se prejudicarem, ou a obrigá-los a beneficiar terceiros, pode ser justificada.

Estes interesses, diz o autor, definem a área de autoproteção²⁵ (*self-regarding*) e fundamentam os direitos morais, de tal forma que a doutrina da liberdade de Mill acaba também apoiada pela concepção de felicidade presente em sua teoria utilitarista. E como o entendimento de felicidade auxilia no argumento de “A Liberdade”? A resposta é dada pelo próprio John Gray.

Em primeiro lugar, confirma o caráter pluralista do utilitarismo de Mill, sustentando que a felicidade terá um diferente e único conteúdo para cada pessoa. Segundo, Mill argumenta que, dada a diversidade indefinida do conteúdo e das condições da felicidade humana, ela é melhor promovida com cada indivíduo tendo a máxima liberdade para buscar “experiências de vida”. E a terceira forma, de que a felicidade é alcançada quando alguém percebe que as exigências de sua natureza única é coextensiva com o prazer maior (GRAY; SMITH, 1991, p. 10).

Mas retomemos a interpretação de Rees. Seu entendimento fica sujeito a críticas, pois o modo como enxerga o princípio da liberdade milliano o tornaria relativista e de caráter conservador na opinião de Wollheim (1973, p. 6).

Isso porque, explica Gray (1981, p. 99), Rees busca distinguir “interesses” de “desejos arbitrários, fantasias fugazes ou exigências caprichosas”, enfatizando uma dependência a normas e valores que gozam de reconhecimento social.

²⁵ O termo também é traduzido como “autodefesa” em: MILL, John Stuart. **A liberdade; Utilitarismo**. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Clássicos). Consideramos a terminologia “autoproteção” mais adequada e optamos em trazê-la sempre acompanhada do original.

Com isso, as fronteiras do domínio da autoproteção (*self-regarding*) serão determinadas pela concepção de interesses e o princípio da liberdade expandirá a liberdade apenas na medida em que as limitações legais à liberdade estejam atrás de mudanças nas concepções de interesses humanos.

Haveria uma espécie de limitação à interpretação da teoria da liberdade proposta por Rees, mas Gray (1981, p. 99) afirma que é possível contornar este relativismo se os interesses não forem considerados totalmente invariantes, seja social ou historicamente.

“Os interesses dos homens podem ser, e de fato devem ser moldados pelos padrões e circunstâncias de seu tempo e cultura, mas afirmar isso não quer dizer que os interesses dos homens dependam totalmente, ou sejam inteiramente constituídos, pelo reconhecimento da sociedade.” (GRAY, 1981, p. 99, tradução nossa).²⁶

O conceito de interesses, para Gray (1981, p. 99), precisa ser universalista na medida em que especifica uma área essencial para o bem-estar humano, mas também deve apresentar um aspecto desenvolvimentista ou histórico, sem perder de vista a percepção de Rees de que, para Mill, há uma íntima conexão entre os direitos morais e “certos interesses”.

Uma outra teoria que queremos destacar sobre o princípio do dano e que, consequentemente, também influenciará no princípio da liberdade, é trazida por Ben Saunders, que busca reformular o princípio do dano em termos de “dano consensual”.

Inicialmente, Saunders (2016, p. 1006) rejeita a diferenciação feita entre ações que são de autoproteção (*self-regarding*) e ações que são para proteção de terceiros (*other-regarding*), em que o melhor caminho seria distinguir apenas entre ações que são de autoproteção daquelas que não são. “Mill poderia ter defendido todas as conclusões que desejava se dissesse que a única razão legítima para a intervenção é evitar danos não consensuais.” (SAUNDERS, 2016, p. 1006, tradução nossa).²⁷

A direção apontada pelo autor seria focar no consentimento, ao invés de tentar delinear uma esfera de autoproteção (*self-regarding*), afastando a ideia de interesses desenvolvida por John Collwyn Rees e as tentativas de explicar a noção de proteção de terceiros (*other-regarding*). Na visão de Saunders (2016, p. 1010-1011), o próprio Mill considera que o dano consensual não pode justificar a intervenção, mesmo que as ações que o causem não sejam

²⁶ Men's interests might be, and indeed must be shaped by the standards and circumstances of their time and culture, but to say this is not to say that men's interests wholly depend upon, or are entirely constituted by, recognition by society.

²⁷ Mill could have defended all the conclusions he wanted to had he said that the only legitimate reason for interference is to prevent non-consensual harm.

independentes. A ideia, portanto, é expandir a esfera protegida para incluir danos consensuais, bem como a autoagressão.

Mesmo assim, essa tese também fica sujeita a questionamentos. Será que o indivíduo poderia dispor de qualquer direito ligado à personalidade? Lembrando que Mill cria exceções que permitem a intervenção. Saunders (2016, p. 1011) levanta esse tipo de dúvida sobre o que deve contar como consentimento válido para o dano, se este consentimento não tenha vícios ou seja fruto da coerção ou ignorância, abrindo seu argumento para os riscos inerentes do dano consentido. Como exemplo, cita uma luta de boxe em que um dos lutadores saia com o nariz quebrado. O boxeador nunca consentiu sair com o nariz quebrado, mas concordou com o risco de que isso acontecesse.

Em sua reformulação do princípio do dano, Saunders (2016, p. 1015) considera que a única justificativa para interferir na liberdade de alguém é evitar danos “não consensuais”. Com isso, fica claro que não há base para a intervenção em condutas que prejudiquem somente aquelas pessoas que deram o seu consentimento. Ao mesmo tempo, permite a intervenção na conduta de autoproteção (*self-regarding conduct*) em que o agente não concorda com o dano que ele mesmo provoca.

Nessa interpretação, a esfera da ação protegida não é a união de ações que sejam tanto de autoproteção (*self-regarding*) ou consentidas, mas antes ações de autoproteção (*self-regarding*) nas quais o indivíduo consente a qualquer dano e ações de não autoproteção (*non-self-regarding*) em que os interesses dos indivíduos consentem a qualquer dano. (SAUNDERS, 2016, p. 1015-1016, tradução nossa).²⁸

Um problema que vislumbramos fica para o alcance desta teoria, já que se torna difícil prever todas as situações em que, de fato, o agente irá consentir o dano – e quais ele realmente pode abrir mão.

O próprio Saunders (2016, p. 1023) faz uma ponderação semelhante e observa que o consentimento não torna todos os danos permissíveis, havendo aqueles que a sociedade tem o dever de prevenir, especialmente se contiver algum tipo de vício.

A contribuição, no entanto, é positiva, no sentido de mostrar mais uma interpretação possível e plausível – ou, como cita Saunders (2016, p. 1019), uma alternativa que Mill poderia ter aceitado e bastante similar também aos conceitos trazidos por Joel Feinberg – ao princípio

²⁸ On this interpretation, the sphere of protected action is not the union of actions that are either self-regarding or consented to, but rather self-regarding actions in which the individual consents to any harm and non-self-regarding actions in which the individuals concerned consent to any harm.

do dano presente na obra milliana, que como percebemos não tem nada de simples. Tanto que as propostas sobre a concepção de dano não se esgotam.

Podemos citar como exemplos os trabalhos de David O. Brink, Wendy Donner e David Dyzenhaus, que trazem concepções mais restritivas sobre o dano, geralmente ligadas a violações de direitos ou a interesses vitais; de Jonathan Riley, com sua tese de “dano perceptível” (*perceptible damage*), possuindo um caráter menos restritivo; e a de Piers Norris Turner, que defende um conceito expansivo de dano, como também faz Ben Saunders, mas usando outros termos.

Essa variedade de interpretações pode ser explicada pelo fato de que foram criadas grandes expectativas em torno do princípio do dano, havendo tentativas forçadas de esmiúçá-lo, bem como de enfatizar as diferenças entre as ações de autoproteção (*self-regarding*) e de proteção de terceiros (*other-regarding*) (TURNER, 2014, p. 300).

Pela concepção de Turner (2014, p. 300-301), é preciso aceitar que Mill não especifica explicitamente o que considera como “dano” porque usa o termo de forma genérica para consequências ruins, não exigindo mais especificações. Sua sugestão é evitar que se leia toda a defesa da liberdade de Mill baseada apenas no princípio do dano, que será apenas parte de uma defesa mais ampla. Ele reduz tal princípio e o coloca apenas como sendo antipaternalista, cuja preocupação é dividir a autoridade decisória entre sociedade e indivíduo com base nos tipos de razões que estão em jogo.

O que é necessário considerar é que o princípio do dano tem sim um papel específico e importante, mas não se pode esquecer que a defesa da liberdade de Mill se baseia amplamente em considerações utilitárias sobre o grande valor social da individualidade e do progresso. Quando Mill opta em não fazer com que o princípio do dano garanta a liberdade individual por conta própria, podemos entender porque ele deixou de especificar uma concepção restrita de “dano”: simplesmente porque não era preciso.

A implicação que Turner (2014, p. 302) busca é fazer com que o princípio do dano funcione, por si só, como uma “barreira rígida” contra a intervenção, sendo parte vital da defesa utilitarista de Mill da liberdade individual. Para isso, basta encarar o princípio do dano como sendo fundamentalmente sobre razões, na mesma linha defendida por Chin Liew Ten. “Nesta visão, o que importa para as deliberações da sociedade é se uma razão, e não uma ação completa, é de autoproteção (*self-regarding*).” (TURNER, 2014, p. 326, tradução nossa).²⁹

²⁹ In this view, what matters to society’s deliberations is whether a reason, and not a whole action, is self-regarding.

Uma vez que as razões paternalistas são removidas, já que não são de competência social, Mill pode argumentar que as considerações de mera ofensa ou afronta que restaram são insignificantes quando comparadas à importância de permitir que indivíduos desenvolvam suas capacidades vivendo como bem entenderem.

A maneira como pode ser interpretado o princípio do dano, seja de forma restritiva ou extensiva, levando em conta interesses, direitos ou moral, ou ainda literalmente ou não, terá grande relevância, mas para compreender o princípio da liberdade de Mill é preciso, ainda, um entendimento do relato da Arte da Vida em “*A System of Logic*”, no qual, afirma Gray (1996, p. 11), o princípio da utilidade aparece não como um princípio moral – a partir do qual pode haver vários caminhos de julgamento sobre a retidão das ações –, mas como um princípio axiológico, especificando que a felicidade possui uma bondade intrínseca.

Deste modo, o princípio da liberdade, define Gray (1996, p. 11), é um princípio de moralidade crítica, que tem implicações importantes – embora muitas vezes incompreendidas – para a correção e a justiça de atos e regras, enquanto o princípio da utilidade, ainda que não tenha relação direta com ação ou conduta, fornece razões a favor e contra qualquer curso de ação ou política em todas as áreas da vida prática, mas não pode, por si só, emitir julgamentos sobre a correção ou o erro das ações.

Não há um consenso entre os próprios revisionistas sobre a implicação desta diferenciação. Para parte deles, a teoria moral de Mill tem espaço para o princípio da liberdade somente se analisarmos Mill sob a perspectiva do utilitarismo de regras. Outra parte sustenta que tal princípio pode ser perfeitamente acomodado na doutrina de Mill se ela estiver ligada ao utilitarismo de atos.

Apesar de não haver um consenso sobre esta interpretação, é importante analisarmos a contribuição de John Gray (1996), que verifica três características essenciais do princípio da liberdade de Mill.

Em primeiro lugar, para ele referida doutrina é uma forma de utilitarismo indireto, com espaço para princípios secundários de peso, incluindo princípios morais relacionados à justiça e aos direitos morais.

Segundo, este princípio é baseado na concepção de felicidade e na teoria da individualidade millianas, sendo praticamente incompreensível se tirado desse contexto, já que a defesa da liberdade que faz está profundamente enraizada em sua concepção do homem e em seu relato do desenvolvimento do caráter.

Finalmente, a terceira característica é que o princípio da liberdade de Mill está sujeito à crítica por um apelo à experiência, pois postula conexões entre liberdade, autodesenvolvimento e felicidade que não são simplesmente causais nem meramente conceituais – vale lembrar que esta doutrina se baseia em uma série de alegações psicológicas e históricas sobre as condições sociais de individualidade e autodesenvolvimento (GRAY, 1996, p. 14-15).

A liberdade de ação que é protegida pelo Princípio da Liberdade é protegida como um direito moral, cujo conteúdo é dado em parte pela teoria da justiça, da qual é um elemento, e em parte por se referir a uma concepção restritiva de dano que Mill defende, invocando uma teoria de interesses vitais dos homens em autonomia e segurança. (GRAY, 1996, p. 16, tradução nossa).³⁰

A aplicação do princípio da liberdade, portanto, depende de todo o conjunto da doutrina de Mill, que traz outros princípios, como o da equidade, mencionado com frequência em “A Liberdade” como meio de determinar o quanto de liberdade se pode abrir mão pelo tanto de danos que devem ser prevenidos (GRAY, 1996, p. 17).

Esta ideia guarda uma relação bem próxima ao princípio da proporcionalidade aplicado no Direito, a qual exerce uma ponderação de valores e limita direitos fundamentais em caso de colisão entre normas equivalentes, como pode ocorrer com a liberdade de expressão.

Desta forma, o caráter utilitário da doutrina da liberdade milliana pode ser preservado, ainda que o princípio da liberdade defendido por Mill não forneça, conforme Gray (1996, p. 18), um critério inequívoco para a resolução de questões de interferência com a liberdade – o que para o autor representa uma grande falha do argumento do filósofo, já que negligencia problemas de conflito de valores na vida moral e política –, mas admite que traz subsídios para a discussão dessas questões.

Ainda que a moral apareça fortemente ligada ao princípio da liberdade de Mill, trazendo concepções normativas para sua aplicação, Mulnix (2009, p. 197) trará uma concepção diferente e que merece ser analisada.

Para ele, tal princípio poderia ser explicado não-normativamente. Significa, afirma o autor, que o princípio da liberdade atua para defender a liberdade individual, mesmo inserido em um contexto de pluralismo de valores, delimitando os fins da interferência social na conduta individual sem depender de conceitos normativos.

³⁰ The liberty of action that is protected by the Principle of Liberty is protected as a moral right, whose content is given in part by the theory of justice of which it is an element, and in part by referring to a restrictive conception of harm which Mill argues for by invoking a theory of men’s vital interests in autonomy and security.

Em outras palavras, os critérios pelos quais esse princípio normativo irá esclarecer instâncias injustificadas de intervenção não são, eles próprios, entendidos normativamente, ao contrário dos relatos mais populares do princípio da liberdade (MULNIX, 2009, p. 198-199).

Para desenvolver esta compreensão não-normativa, Mulnix (2009, p. 208) diz que é preciso focar uma das formulações de Mill sobre o princípio do dano que trata sobre a noção da “conduta de autoproteção” (*self-concerning conduct*), assim formulada: “A única parte da conduta de cada um, pela qual é responsável perante a sociedade, é a que diz respeito a outros. Na parte que diz respeito apenas a si mesmo, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e mente, o indivíduo é soberano.” (MILL, 2000, p. 18).

É preciso deixar claro que, com base na análise de Mill sobre os efeitos indiretos do princípio da liberdade, este é, em si, criado para impedir que conceitos normativos entrem na discussão sobre se a ação de um indivíduo deve ser controlada socialmente. Um apelo a padrões morais pode desqualificar os efeitos de uma conduta sobre um terceiro como relevantes para justificar uma coerção.

Por exemplo, se alguém vê uma conduta como negativa porque a acha moralmente repulsiva, não há uma boa razão para intervir na liberdade de ação.

Noutros termos, qualquer efeito que dependa implícita ou explicitamente de atitudes morais não pode ser relevante para argumentos a favor da intervenção. Ao mesmo tempo, qualquer ação que apenas afete o sentimento moral de outras pessoas é protegida pelo princípio da liberdade (MULNIX, 2009, p. 211).

A teoria de Mulnix teria como vantagem o fato de o princípio da liberdade não assumir nenhum relato particular de moralidade, não dependendo da aceitação de qualquer padrão moral específico, o que faz com que essa leitura possa encontrar aplicação prática em uma sociedade em que há diversas perspectivas morais.

Tal asserção é bastante interessante, mas ainda assim traria aspectos normativos ao princípio da liberdade. Embora não sejam ligados a direitos morais, permaneceriam sujeitos a direitos legais. O grande ponto positivo é que eliminaria valorações que, sem dúvidas, poderiam usar o princípio do dano para tentar coibir o exercício da liberdade.

Depois de abordarmos entendimentos favoráveis ao princípio da liberdade e alguns elementos complementares aos conceitos presentes na obra de Mill e suas variadas interpretações, passaremos às suas principais críticas, em especial àquelas feitas por John Gray, e posteriormente à conciliação proposta pela corrente revisionista.

2.2 Críticas ao princípio da liberdade e a conciliação revisionista

A sólida defesa apresentada por John Gray é modificada. Em seu novo posicionamento, o autor passa a tecer críticas ao princípio da liberdade de Mill, considerando-o até ingênuo. Gray (1989, p. 152) afirma, agora, que se tanto a ideia de dano, como de felicidade, incorporada a este princípio compreender vários componentes ou ingredientes distintos, ele falhará como um guia para a ação.

Caso o dano a que Mill se refira seja mesmo a interesses, em que interesses vitais como segurança e autonomia são protegidos em primeiro lugar, políticas limitadoras da liberdade afetarão esses dois interesses de maneiras diferentes, podendo um dano muito menor impor uma grande restrição à liberdade.

Tal preocupação é pertinente, já que o risco seria haver uma desproporcionalidade, de tal modo que o princípio da liberdade, para o autor, não elimina o perigo de desigualdade na distribuição da liberdade e de prejuízo aos interesses vitais, uma situação que ele mesmo cria, havendo uma espécie de falha em proteger a equidade na distribuição da liberdade.

Isso sem falar de uma preocupação com o bem-estar geral, que poderia trazer restrições ao próprio Mill. “Para a melhor política de prevenção de danos em termos de custo-benefício, seu impacto sobre a liberdade e os interesses vitais ainda pode ser bastante desigual. Não vejo saída para esse dilema dentro da doutrina de Mill.” (GRAY, 1989, p. 152, tradução nossa).³¹

O autor conclui, desprezando o utilitarismo indireto e o resgate que havia feito do princípio da equidade:

Invocar um Princípio de Equidade não declarado em Mill (como eu mesmo fiz) não ajuda, já que a adoção de uma forte restrição distributiva sobre a política não pode ser justificada em termos agregativos, mesmo do utilitarismo indireto. Quando as liberdades conflitam, então, como fazem sempre que o princípio do dano se aplica, nada na teoria de Mill pode remover a possibilidade de justificar a imposição de encargos bastante injustos e restrições mesquinhas à liberdade. Isto é apenas para endossar a visão – da qual eu mesmo discordo por muito tempo – de que a justiça liberal não pode ser derivada a partir de uma moralidade totalmente consequencialista. (GRAY, 1989, p. 153, tradução nossa).³²

³¹ For the most cost-efficient policy of harm prevention may still be very inequitable in its resultant impact on liberty and the vital interests. I see no way out of this dilemma within Mill's doctrine.

³² Invoking an unstated Principle of Equity in Mill (as I did myself) does not help, since the adoption of a strong distributive constraint on policy cannot be justified in the aggregative terms even of indirect utilitarianism. When liberties conflict, then, as they do whenever the harm principle applies, nothing in Mill's theory can remove the possibility of justifying the imposition of very inequitable burdens and illiberal restraints on liberty. This is only

Na nova visão de Gray (1989, p. 223), a “deficiência mais radical” da doutrina da liberdade de Mill flui justamente de sua teoria moral. O utilitarismo de Mill passa a ser considerado incapaz de fazer julgamentos comparativos de bem-estar coletivo, cuja culpa recai na teoria da felicidade, que, diz ele, desagrega e desqualifica estes julgamentos caso a intenção seja manter seu caráter consequencialista.

A corrente revisionista analisa a questão sob o prisma oposto. É o conjunto utilitarismo/felicidade, mas nos moldes millianos, que viabiliza o princípio da liberdade. Como o próprio Gray (1996, p. 55) afirmara anteriormente, a liberdade, na doutrina de Mill, torna-se um ingrediente necessário da felicidade e não apenas um meio causalmente eficaz para ela.

Sobre o assunto, Guisán (2008, p. 56) esclarece que devemos compreender que não existem vários Mill ou diferentes variantes de seu posicionamento utilitarista.

Constantemente, diz a autora, Mill afirma que a felicidade, a liberdade e a justiça se complementam e não podem ser consideradas uma sem a outra. Um governante tirano ou a maioria não podem decidir a virtude de alguém; sua busca é assunto reservado a cada indivíduo.

Para Ten (2009, p. 1), a natureza da liberdade defendida por Mill está ligada ao perigo real da “tirania social”, que é maior que a própria opressão política, já que, parafraseando o próprio Mill, deixa menos possibilidade de fuga, interfere nos detalhes da vida e “escraviza a alma”. Ela invade opiniões e conduta, impedindo o desenvolvimento de uma individualidade genuína. Por isso a relevância que dá à liberdade de expressão, de pensamento e discussão, bem como à liberdade de conduta.

De certo modo, vivemos cerceados e oprimidos por esta tirania social, em que opiniões divergentes são achincalhadas publicamente. Aquele que não segue a maioria é estigmatizado e perseguido, em especial no ambiente virtual por meio das redes sociais, porém com reflexos bem práticos no dia a dia. Um problema que Mill alertava em seu tempo, apenas sem as nuances tecnológicas que hoje predominam e que nas próximas décadas poderão se mostrar ultrapassadas.

As sociedades, no entanto, tendem a reproduzir os mesmos comportamentos ao longo dos anos, com suas nuances, vícios e virtudes, não havendo até o presente momento perspectivas para um grau suficiente de amadurecimento. Não raras vezes, avanços são tolhidos e se regride a temas antes aparentemente superados. Este debate precisa ser enfrentado no âmbito das liberdades, com maior ênfase à liberdade de expressão.

to endorse the view – from which I myself long dissented – that liberal justice cannot be derived from within a wholly consequentialist morality.

Assim, Mill percebe que, por mais importante que seja nutrir e proteger a individualidade contra a tirania de ideias e práticas, é necessário a imposição de algumas restrições de conduta para uma vida civilizada, afinal, não haveria segurança se as pessoas pudessem prejudicar umas às outras livremente. Simplesmente não alcançaríamos nada de valor, apenas gratificação instantânea. O problema será, portanto, estabelecer um equilíbrio entre “independência individual” e “controle social” (TIEN, 2009, p. 2).

Esta questão tem muito a ver com a própria base filosófica do entendimento de liberdade para Mill. Neste aspecto, Devigne (2006, p. 68-69) destaca duas concepções de liberdade presentes na obra de Mill, tanto no empirismo, encontrado em “*A System of Logic*”, como no romantismo, em “*An Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*” (1865). Nelas, o filósofo confronta o desafio dos românticos à concepção de liberdade do empirismo e vê pontos positivos em ambas.

Do lado do empirismo, está o valor em moldar as circunstâncias que protegem os direitos individuais, o qual ajudou a libertar o indivíduo de restrições externas, mas se esqueceu da base psicológica da liberdade humana.

Pelo romantismo, encontra-se o fato de haver uma visão mais substantiva da liberdade, que educou e cultivou o indivíduo a usar bem a liberdade, em especial a doutrina do livre-arbítrio, sendo mais compatível com a causalidade universal. E o que vem a ser esta causalidade? A consciência de nossa capacidade de determinar nossas vontades e remodelar nosso caráter. “A sociedade livre cria circunstâncias nas quais o indivíduo aprende que pode comandar a si mesmo.” (DEVIGNE, 2006, p. 69, tradução nossa).³³

Para Devigne (2006, p. 69-70), a obra de Mill irá preencher uma lacuna na noção de liberdade do empirismo, definindo “liberdade moral” como a oportunidade para o autoenvolvimento do caráter baseado no cultivo de faculdades mentais, ou seja, na autoconsciência, sendo capaz de refletir também sobre o outro e não apenas sobre si. A liberdade moral também exige que os indivíduos tenham a opção de alterar seu próprio caráter e modo de vida caso desejem.

Com base neste raciocínio, será que aquelas pessoas que se submetem a uma dominação cultural, à indústria da moda, ao modo extremo de vida capitalista, à ditadura da opinião, apenas para citar alguns exemplos, seriam realmente livres?

Fica claro, com base na doutrina de Mill, que se desejassem mudar e pudessem fazê-lo a qualquer tempo, também seriam moralmente livres. O que é diferente de estarem num

³³ The free society creates circumstances in which the individual learns he can command himself.

nível tão grande de alienação que os levassem a desconhecer que poderiam fazer esta mudança caso quisessem.

Em sua concepção de liberdade, Mill está comprometido com argumento e persuasão, não com força e coerção. Ele rejeita a suposição de que a tolerância do outro implica em indiferença ao seu comportamento, devendo haver “considerações” para auxiliar no seu julgamento e estímulos para fortalecer sua vontade, mas o próprio indivíduo é o juiz final.

Em suma, doutrinas e padrões não devem ser impostos. As pessoas precisam ser livres para escolher por si mesmas, ainda que haja gente mais sábia e nobre (TEN, 1969, p. 50-51).

A defesa feita por Ten (2009, p. 2), que rebate principalmente as críticas de Cowling e de Gertrude Himmelfarb, autora da tese dos “dois Mills”, passa pela interpretação de que Mill identificou três áreas que constituem “a região apropriada da liberdade humana”, exposta da seguinte maneira:

Abarca, primeiramente, o foro íntimo, exigindo liberdade de consciência no sentido mais amplo da palavra: liberdade de pensamento e de sentimento, absoluta independência de opinião e de sentimento em todos os assuntos, práticos ou especulativos, científicos, morais ou teológicos. Pode parecer que a liberdade de expressar e publicar opiniões se enquadre num princípio diferente, uma vez que pertence à parte da conduta do indivíduo que diz respeito a outras pessoas. Mas, tendo quase a mesma importância da própria liberdade de pensamento, e escorando-se em grande parte nas mesmas razões, é praticamente inseparável dela. Em segundo lugar, o princípio exige liberdade de gostos e atividades; de formular um plano de nossa vida que esteja de acordo com nossas características; de fazer o que desejamos, sujeitando-nos às consequências que puderem advir, sem nenhum impedimento de nossos semelhantes, enquanto o que fizermos não os prejudicar, mesmo se julgarem nossa conduta tola, perversa ou errada. Terceiro, dessa liberdade de cada indivíduo se segue a liberdade, dentro dos mesmos limites, de associação entre os indivíduos: liberdade de se unir para qualquer propósito que não envolva dano a outros, supondo-se que as pessoas assim associadas atingiram a maioria e não foram forçadas nem iludidas a isso. (MILL, 2000, p. 21-22).

Segundo Ten (2009, p. 2), há clara conexão entre liberdade e individualidade. Sem assegurar esta “região apropriada da liberdade humana”, as pessoas não terão individualidade, pois não formarão crenças independentes e nem serão capazes de conduzir suas vidas de acordo com sua própria concepção de como seria uma vida boa. Entra aí a importância que Mill dá à liberdade de pensamento e discussão, que analisaremos mais adiante.

A defesa da liberdade, portanto, presente principalmente no capítulo II de “A Liberdade”, terá suas bases, conforme Simões (2016b, p. 27-28), em duas premissas: (i) a liberdade de ação é necessária para a cultura da individualidade e (ii) a individualidade é considerada

um bem em si. Ainda que esta última pareça contradizer o utilitarismo milliano, o próprio filósofo britânico reforça que todos os seus argumentos têm como fundamento a utilidade.

As liberdades que Mill defende são aquelas que permitem ao indivíduo “florescer”, encontrar seu próprio caminho, ser a melhor pessoa possível. E, para isso, terão ainda maior relevância as liberdades de pensamento, expressão e associação, exceto quando nossa conduta for “prejudicial” aos outros. Essa noção de dano é central para a filosofia social e política de Mill, que ficou conhecida como princípio do dano (FITZPATRICK, 2006, p. 64-65).

Outro ponto que merece ser discutido é o tipo de liberdade, se negativa ou positiva, defendida por Mill.

A liberdade negativa e a liberdade positiva, afirma Berlin (1981, p. 27), não se confundem, de tal modo que ambas são fins em si mesmas. A primeira está ligada à não-interferência, enquanto a segunda à autorrealização (BERLIN, 1981, p. 33).

Conforme Hansson (2015, p. 741), estaremos diante de uma liberdade negativa quando o indivíduo gozar de imunidade absoluta contra a interferência em questões que não dizem respeito a outros, ou seja, existe uma ausência de impedimentos. Em contraste, há a liberdade positiva, caracterizada quando a presunção mais geral contra interferências é aplicável mesmo na presença de argumentos válidos em contrário, em outras palavras, temos o desenvolvimento individual de suas capacidades ao mais alto grau possível.

A liberdade positiva ganhará maior destaque no pensamento de Mill, o que pode ser observado, a título de exemplo, na seguinte passagem:

Se todos sentissem que o livre desenvolvimento da individualidade constitui um dos primeiros fundamentos do bem-estar, que não se trata unicamente de um elemento coordenado a tudo quanto se designa pelos termos civilização, instrução, educação, cultura, mas que antes de mais nada se trata de uma parte e uma condição necessárias de todas essas coisas, não haveria risco de se subestimar a liberdade, e o ajustamento dos limites entre ela e o controle social não apresentaria nenhuma dificuldade extraordinária. No entanto, o mal está na dificuldade dos modos comuns de pensamento em reconhecer que a espontaneidade individual possui um valor intrínseco, ou que mereça qualquer atenção por si mesma. (MILL, 2000, p. 87).

Existe, na obra de Mill, a defesa de uma liberdade que vai além da ausência de obstáculos legais e sanções oficiais, o que reforça a necessidade de uma leitura mais atenta para o entendimento do princípio do dano, como alerta Fitzpatrick (2006, p. 66), já que é comum a ênfase tão somente a um trecho inicial:

A finalidade deste Ensaio é sustentar um princípio bastante simples, capaz de governar absolutamente as relações da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à compulsão e ao controle, quer os meios empregados sejam os da força física sob a forma de penalidades legais, quer a coerção moral da opinião pública. Esse princípio é o de que a autoproteção constitui a única finalidade pela qual se garante à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um. **O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar dano aos demais.** Seu próprio bem, físico ou moral, não é garantia suficiente. Não pode ser legitimamente compelido a fazer ou a deixar de fazer por ser melhor para ele, porque o fará feliz, porque, na opinião dos outros, fazê-lo seria sábio ou mesmo acertado. Essas são boas razões para o advertir, contestar, persuadir, instar, mas não para o compelir ou castigar quando procede de outra forma. Para justificar esse exercício do poder, é preciso mostrar-lhe que a conduta que se pretende impedi-lo de ter produzirá mal a outrem. A única parte da conduta de cada um, pela qual é responsável perante a sociedade, é a que diz respeito a outros. Na parte que diz respeito apenas a si mesmo, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e mente, o indivíduo é soberano. (MILL, 2000, p. 17-18, grifos nossos).

Ao se focar apenas esta visão de Mill, o restante de “A Liberdade” seria incoerente, particularmente o capítulo IV (*Dos limites à autoridade da sociedade sobre o indivíduo*), que oferece uma versão matizada do princípio do dano. Para Fitzpatrick (2006, p. 66-68), trata-se de uma melhoria importante deste princípio, mas para notar isso é preciso desenvolver uma leitura dialética da obra.

Na construção do seu argumento, Mill começa com teses familiares de certa maneira ao seu público, mas que são reformuladas na medida em que surgem questões de ordem prática.

Ainda de acordo com Fitzpatrick (2006, p. 68-69), no princípio da liberdade, Mill levanta duas problemáticas. A primeira é a das “externalidades”, já que toda ação tem algum impacto sobre os outros e é provável que possa influenciar alguém de forma negativa.

O dano, nesse sentido vago, não pode ser um discriminador entre a conduta permitida e a não permitida. É preciso um método para distinguir danos incontestáveis de danos reprováveis.

A segunda fica por conta desta restrição radical ao paternalismo, pois na pior das hipóteses toda pessoa tem direito a uma “liberdade positiva”. E é justamente por conta da externalidade e do paternalismo que Mill reformulou o princípio do dano.

Esta “reformulação” levantada pelo autor, todavia, parece estar mais relacionada ao próprio modo de encadeamento do pensamento de Mill, por isso a sugestão da dialética. Seria mais um complemento, uma continuidade ao seu raciocínio, já que o próprio Fitzpatrick (2006,

p. 69) reconhece que Mill “formula, levanta objeções e depois reformula”. “Ele trabalha seus leitores no discurso filosófico mostrando o trabalho que foi obrigado a fazer para chegar onde está agora. Como um instrutor de lógica competente, ele não apenas fornece respostas, mas também um guia para resolver problemas em geral.” (FITZPATRICK, 2006, p. 69, tradução nossa).³⁴

Neste desenvolvimento do princípio do dano, a mudança de direção está no sentido de que Mill deixa de falar apenas sobre o “dano” em si para tratar sobre “direitos e obrigações”. Ao fazer isso, Fitzpatrick (2006, p. 78) verifica que temos uma melhor compreensão de quando e sob que circunstâncias a sociedade será responsável por interferir nas ações de um indivíduo.

Para ele, as principais dificuldades do princípio do dano são o fato de que o indivíduo carrega “um fardo”, pois pode nunca saber quando estiver prejudicando alguém ou se realmente prejudicou um terceiro, e se esse dano é questionável ou não. Já o reconhecimento de uma violação de direitos ou a ignorância a obrigações devem ser claras, pois reconhecemos quando há uma quebra de confiança ou outras questões de fidelidade estão envolvidas.

Mas há duas outras razões, segundo Mill, pelas quais não devemos permitir que o problema das externalidades impeça a liberdade individual. A primeira é que geralmente não se inspira mau comportamento pelo exemplo. Se a conduta é realmente ruim, então invariavelmente “o exemplo em geral é mais salutar que doloroso”. Mau comportamento geralmente leva a consequências ruins; o resultado terá um efeito educacional no público em geral. Em segundo lugar, uma certa quantidade de má conduta surgirá em qualquer sociedade pluralista. Mas esta quantidade de mau comportamento ‘a sociedade pode se dar ao luxo de suportar em prol do bem maior da liberdade humana’. (FITZPATRICK, 2006, p. 78, tradução nossa).³⁵

Existem, todavia, aquelas liberdades que dependem de um contexto social, não apenas do indivíduo. Mill se preocupa com isso e considera que a sociedade já tem um grande poder, da educação, da opinião pública e do que chama de “penalidades naturais”. A coerção será extremamente custosa, por isso a importância maior de o Estado persuadir usando estes mecanismos que tem disponível. O mais provável é que qualquer intervenção ou interferência da sociedade se dará de forma equivocada.

³⁴ He works his readers into the philosophic discourse by showing the work he was required to do to get to where he now is. Like a competent logic instructor, he not only provides answers but also a guide for solving problems in general.

³⁵ But there are two other reasons, according to Mill, why we should not allow the problem of externalities to prevent individual liberty. The first is that one does not usually inspire bad conduct by example. If the conduct really is bad then invariably ‘the example on the whole is more salutary than hurtful’. Bad conduct will usually lead to bad consequences; the result will have an educational effect on the public at large. Secondly a certain amount of bad conduct will arise in any pluralistic society. But this amount of bad conduct ‘society can afford to bear for the sake of the greater good of human freedom’.

Para respaldar toda esta noção de liberdade, no entanto, Mill precisa apresentar uma teoria moral forte e compatível com outros objetivos utilitários (FITZPATRICK, 2006, p. 79-80). Isso pode ser alcançado porque seu utilitarismo, afirma Simões (2016b, p. 38), protege “os interesses vitais dos indivíduos como condições mínimas para a promoção da felicidade” e desaprova “a promoção do bem-estar por intermédio da limitação da liberdade individual”. Importante frisar que a preocupação de Mill (2000, p. 224) não é apenas com a felicidade individual, mas também com o que chama de “felicidade geral”, a qual deve ser reconhecida como um critério ético, fundado nos “sentimentos sociais da humanidade” e no “desejo de viver em unidade com nossos semelhantes”. A felicidade geral é, portanto, um bem para o conjunto de todas as pessoas (MILL, 2000, p. 232).

Com atenção suficiente ao papel da liberdade positiva e ao desenvolvimento da individualidade exercidos em “A Liberdade”, é possível dizer que Mill obteve sucesso em unir os princípios da liberdade e da utilidade. Uma conclusão proporcionada pela teoria revisionista, a qual adotamos, e pela análise conjunta da obra do filósofo.

Em sua doutrina, a soma maior de felicidade/utilidade, portanto, pode ser atingida em uma sociedade marcada pelo antipaternalismo e pelo exercício de uma autoridade sem constrangimentos, cuja tendência é a própria promoção da utilidade.

2.3 A liberdade de expressão na concepção milliana

A liberdade de expressão na concepção de John Stuart Mill é frequentemente lembrada até os dias de hoje, representando verdadeiro axioma em defesa deste direito fundamental, servindo como garantia contra quaisquer ameaças de censura e como inerente a qualquer regime democrático e de respeito aos direitos humanos. Sua importância é tamanha que possui grande destaque na obra de Mill, em especial no capítulo II de “A Liberdade”. A análise dessa liberdade deve fazer parte de um contexto mais amplo, por isso a compreensão do pensamento milliano, a noção utilitarista apresentada pelo filósofo britânico e principalmente os contornos estabelecidos pelos princípios da liberdade e do dano tratados até aqui irão auxiliar a determinar um pouco do que representa a liberdade de expressão para Mill.

Afinal, o que é a liberdade de expressão? Sobre o que ela trata? O que representa? Por que é tão importante? E, finalmente, por que defendê-la?

Para buscar responder a estas perguntas, iniciamos com a noção trazida por Capaldi (1974, p. IX), que entende que a liberdade de expressão abrange a da palavra falada, a da imprensa e a da reunião pacífica. Nesse critério, adicionaríamos para não haver qualquer dúvida a

da palavra escrita e a das imagens. “Assim, quando falamos em liberdade de expressão, queremos dizer a liberdade de explorar, descobrir, coordenar e divulgar aquilo que conhecemos, pensamos ou sentimos.” Considerando a filosofia de Mill, pode ser definida de forma mais clara como liberdade de pensamento, discussão e de opinião, a qual entrelaça-se com a tolerância.

Conforme Rosen (2004, p. 192), a defesa da liberdade de expressão por parte de Mill constituiu em uma proposta nova e radical para boa parte de seus contemporâneos. Tanto que foi alvo de críticas por parte daqueles que achavam que as “verdades” trazidas pela religião deveriam ser protegidas a todo custo contra aqueles que as questionassem, bem como os ensinamentos morais a elas associados.

A abordagem que Mill realiza, afirma Simões (2007, p. 65-66), também pode ser considerada inteiramente nova tanto por sua fundamentação, inseparável dos fundamentos das outras liberdades fundamentais, notadamente a liberdade de ação ou o direito à individualidade – o qual compõe o princípio da liberdade humana –, como por suas conclusões.

Inicialmente, a preocupação de Mill parece ligada em garantir a liberdade de expressão especialmente contra “governos corruptos ou tirânicos” (MILL, 2000, p. 27), mas como bem assinala Simões (2016a, p. 85), tal princípio se aplica a todas as circunstâncias e governos, dos melhores aos piores.

O objetivo, porém, é ainda mais amplo e desafiador: chegaríamos, enquanto indivíduos e sociedade, a um grau tão elevado de discernimento que esta discussão simplesmente não seria mais necessária. Passados quase dois séculos, isso parece estar longe de ser uma realidade. Por isso, ele considera o poder de coerção para calar qualquer opinião sempre ilegítimo, fundamentando uma de suas premissas mais conhecidas e propagadas quando o assunto é liberdade de expressão:

Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade. Fosse uma opinião a posse pessoal de valor apenas para o dono, se o impedimento ao gozo dela constituísse simples ofensa privada, não faria diferença se a ofensa fosse infligida apenas a poucas ou a muitas pessoas. Mas o que há de particularmente mau em silenciar a expressão de uma opinião é o roubo à raça humana – à posteridade, bem como à geração existente, mais aos que discordam de tal opinião do que aos que a mantêm. Se a opinião é correta, privam-nos da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errada, perdemos, o que importa em benefício quase tão grande, a percepção mais clara da verdade, produzida por sua colisão com o erro. (MILL, 2000, p. 29).

Essa ideia guarda duas hipóteses bem delineadas em “A Liberdade”, partindo do ponto de que não podemos ter certeza de que uma opinião seja falsa ou não e, mesmo se tivéssemos, tentar sufoca-la também seria um mal.

O ideal é garantir, portanto, que uma opinião sempre possa ser propagada. Isso traz a impressão de que o princípio da liberdade de expressão presente no capítulo II é absoluto, já que fruto de uma interpretação bem literal, mas o próprio filósofo, no decorrer de sua obra, colocará algumas limitações.

Por isso, devemos observar o princípio do dano, principalmente se considerarmos a liberdade de expressão como um direito inerente ao ser humano e, como tal, sujeito a restrições em situações bem específicas e analisando com cautela cada caso concreto.

Segundo Jacobson (2000, p. 277), o pensamento, com a expressão de qualquer opinião ou sentimento, por mais impopular, ofensivo ou mesmo prejudicial que possa ser, faz parte da liberdade de consciência, que possui lugar de destaque no ideal de Mill de uma sociedade livre.

Portanto, a defesa de Mill de uma esfera de liberdade ampla o suficiente para incluir direitos de fala não qualificados pode trazer uma tensão aparente com o princípio de dano do qual supostamente é derivado.

Mais uma vez, a forma como será interpretado terá impacto no desenrolar da própria liberdade de expressão, o que leva o autor a afastar a visão tradicionalista que coloca alguns entraves no propósito de “A Liberdade”.

Para ele, Mill defende uma forma de liberalismo em que os indivíduos têm certos direitos básicos, incluindo o direito à liberdade de expressão. Esses direitos são constitutivos da sociedade livre de Mill – um ideal fundado em sua concepção dos pré-requisitos para o florescimento humano.

Embora Mill reconheça que a fala nem sempre é inofensiva, sua defesa aos direitos de expressão não se limita à fala inofensiva, bem como sua doutrina da liberdade não se limita à ação inofensiva.

Existe uma restrição de direitos sobre o princípio do dano que protege da proibição as ações que estão dentro da esfera de liberdade, mesmo em razão da prevenção de danos.

Apesar de que certos atos individuais de expressão possam vir a sofrer interferência, não será pela nocividade de seu conteúdo, não havendo conflito com a doutrina da liberdade, pois não constitui qualquer qualificação dos direitos de expressão ou violação da liberdade (JACOBSON, 2000, p. 277-278), conforme esclareceremos mais adiante.

De acordo com Simões (2016a, p. 86), os fundamentos da liberdade de expressão, dessa forma, são “inseparáveis dos fundamentos das outras liberdades fundamentais”, em especial a liberdade de ação ou o direito à individualidade, o qual faz parte do princípio da liberdade humana. Logo, não há que se falar na existência de dois princípios com argumentos distintos, tendo de um lado o princípio da liberdade e de outro o princípio da liberdade de expressão, como sugerem autores como Gertrude Himmelfarb e John Skorupski.

Até porque, como sustenta O’Rourke (2001, p. 108), os argumentos de Mill baseiam-se na ideia de que as pessoas devem estar livres para ouvir o que pode ser dito em todos os lados de uma questão caso queiram se desenvolver intelectualmente e individualmente. Para isso, também devem ser livres para expressar todos os lados. Negar esse direito, especialmente em questões relativas à “moral, religião, política, relações sociais e o negócio da vida”, é decidir pelos outros.

“Fazer isso é equacionar a própria certeza com certeza absoluta, tanto em relação à verdade do assunto em questão quanto à utilidade de manter aquela opinião particular.” (O’ROURKE, 2001, p. 108, tradução nossa).³⁶

Conforme Mill (2000, p. 25), os fundamentos filosóficos e práticos da liberdade de pensamento, quando entendidos corretamente, “prestam-se a uma aplicação bastante ampla, não se restringindo a uma única divisão do assunto, e por isso se verificará que uma consideração direta dessa parte da questão constitui a melhor introdução ao restante”.

Isso leva Fitzpatrick (2006, p. 70) a considerar como a principal importância da liberdade de expressão depreendida da obra de Mill o próprio processo de permitir o seu desenvolvimento, pois temos mais confiabilidade nos fatos, evidências e bons argumentos que podem levar a opiniões verdadeiras. “O ponto importante é que Mill defende a importância para o nosso bem-estar de permitir uma busca irrestrita pela verdade.” (FITZPATRICK, 2006, p. 70, tradução nossa).³⁷

Tanto que, na visão de O’Rourke (2001, p. 77-78), o princípio da liberdade aplica-se apenas àquelas pessoas cujas mentes foram desenvolvidas a ponto de serem capazes de ser aprimoradas pela argumentação e discussão com outros indivíduos. Isso significa que a esfera de autoproteção da liberdade está inextricavelmente ligada à expressão da opinião. Mas em todo esse processo, a questão da verdade terá papel de destaque.

³⁶ To do so is to equate one’s own certainty with absolute certainty, with regard to both the truth of the issue at hand and the usefulness of holding that particular opinion.

³⁷ The important point is that Mill does argue for the importance to our well being of allowing an unfettered search for the truth.

Na primeira hipótese apresentada, Mill considera que a opinião “talvez possa ser verdadeira”. Aqueles que querem suprimi-la, muito provavelmente, irão negar a verdade, mesmo não sendo infalíveis, pois acham ter certeza e não reconhecem o erro a que estão sujeitos. Logo, não há discussão, havendo uma presunção de infalibilidade. Isso não significa que não devam defender essa forte convicção. É preciso “formar a opinião mais verdadeira possível, formá-la cuidadosamente, e jamais a impor a outros, salvo se tiverem certeza absoluta de que estão certas” (MILL, 2000, p. 29-32).

Pode parecer uma incoerência, mas tal certeza é distinta daquela advinda da arrogância. De um lado, temos a certeza daqueles que simplesmente não aceitam estar errados ou de serem contrariados, não permitindo que sua opinião seja refutada; de outro, aquela formada por fatos, provas e testemunhos, por exemplo, e que apesar de todas as oportunidades, não teve a opinião rechaçada.

A noção de falibilidade humana aparece como um dos argumentos fundamentais da defesa da liberdade de expressão milliana e, de acordo com Simões (2016a, p. 89), isso acontece por duas razões principais. Primeiro, porque as pessoas reconhecem que são falíveis.

Segundo, como diz Mill (2000, p. 33-34), porque o homem é capaz de corrigir seus erros pela “discussão e experiência”, tendo o debate papel fundamental, já que “opiniões e práticas erradas gradualmente se rendem ao fato e ao argumento”. Para isso, porém, devem ser devidamente apresentados e haver constantemente à disposição meios de corrigi-los, o que gera confiança (MILL, 2000, p. 33-34).

Trata-se de dar credibilidade àquela determinada opinião, promovendo um debate sadio e plural com questionamentos, posicionamentos contrários e favoráveis e até mesmo com novas perspectivas. Desse modo, para Mill, poderemos estar mais próximos da verdade.

[...] o único modo pelo qual é possível a um ser humano tentar aproximar-se de um conhecimento completo acerca de um assunto é ouvindo o que podem dizer sobre isso pessoas de grande variedade de opiniões, e estudando todos os aspectos em que o podem considerar os espíritos de todas as naturezas. (MILL, 2000, p. 34).

Existe, nestas circunstâncias, afirma Simões (2016a, p. 89-90), um “contraste entre o julgamento abstrato e as práticas dos homens”, por isso o reconhecimento de nossa falibilidade leva à aceitação de que nossas crenças e ideias são provisórias, que estão relacionadas com outras e que a única forma de verificarmos se nossas opiniões são verdadeiras é “assegurando que nenhuma opinião contrária tenha sido negligenciada”.

“Reconhecer nossa falibilidade é reconhecer que não existe base racional que justifique a censura de opiniões dissidentes, sendo possível que estas opiniões sejam verdadeiras e que as nossas sejam falsas e, se este for o caso, teremos perdido os benefícios desta verdade eliminada.” (SIMÕES, 2016a, p. 90).

Assim, para Mill (2000, p. 32), não se deve evitar agir seguindo suas próprias opiniões, pois a omissão permite que “se espalhem para todos os lados, sem nenhuma restrição, doutrinas que sinceramente julgam perigosas ao bem-estar da humanidade”.

As reflexões de Mill são voltadas especialmente às autoridades e governantes, mas se aplicam a todas as pessoas, em especial em uma época em que as chamadas *fake news* ganham tanta notoriedade.

“Podemos e devemos pressupor que nossa opinião seja verdadeira para a orientação de nossa conduta; e não é necessário pressupor mais quando proibimos os maus de perverter a sociedade com a propagação de opiniões que consideramos tão falsas como perniciosas.” (MILL, 2000, p. 32).

O argumento da infalibilidade também é apontado por McCloskey (1982, p. 53) como um dos mais relevantes na liberdade de Mill, ao lado dos argumentos da livre expressão e discussão como necessários para a crença racional e vital; do autodesenvolvimento e da necessidade de acesso ao conhecimento necessário; e do prazer e da felicidade em termos de que "cada um é o melhor juiz e guardião de seus próprios interesses", este último não explícito e de viés utilitarista.

O professor desenvolve uma reflexão com base em cada um deles de forma crítica e, embora reconheça a elevada qualificação destas argumentações, considera que estabelecem apenas um direito limitado e qualificado à liberdade de expressão. Também aponta que parecem ditar uma negação da liberdade e restrição paternalista, quando deveriam assegurar o gozo do direito básico.

A interpretação de Henry John McCloskey torna os argumentos de Mill sobre a liberdade de expressão e discussão restritivos, algo nem de longe sugerido pelo filósofo britânico. Tanto que há correntes que afirmam ser o direito à liberdade de expressão absoluto, o que é enfaticamente negado por McCloskey.

Para isso, ele busca dissociar o argumento da infalibilidade com a opinião de forma geral, relacionando-o somente com a liberdade de expressão moral, religiosa e política e o afastando daquelas áreas com as quais as leis restritivas relativas à calúnia, injúria e difamação se relacionam. Do mesmo modo, associa os argumentos da liberdade de expressão, necessários para uma crença racional e vital, à defesa de um direito moral a uma liberdade de expressão

limitada, enquanto afirma que o argumento do autodesenvolvimento deve fornecer suporte para todo o direito à liberdade de expressão e discussão e não simplesmente à ação.

Por fim, o autor afirma que o indivíduo não é o melhor juiz ou guardião de seus próprios interesses, sendo esse argumento também um direito condicional, *prima facie*, que pode restringir ocasionalmente a liberdade de expressão do indivíduo (MCCLOSKEY, 1982, p. 53-55).

Se considerarmos os argumentos mais relevantes da obra de Mill trazidos por McCloskey como espécies de direitos *prima facie*, as limitações propostas não se justificam. Pelo contrário. Aproximam-se de um caráter absoluto do direito à liberdade de expressão, que permite discussões, construções e reconstruções contínuas e a todo momento.

O cuidado a ser observado será com os danos a terceiros, mas não de forma irrestrita e sem critérios. Não há como alegar, portanto, que há uma negação da liberdade, mas sim um reforço da liberdade. Mas para isso tais argumentos também não podem ser isolados. Devem servir de guia e considerados de forma interpretativa no conjunto da obra milliana.

De acordo com O'Rourke (2001, p. 84), a discussão é o ponto positivo em que a individualidade e a sociedade se encontram. Se as pessoas são privadas de ouvir pontos de vista alternativos, por mais imorais que sejam essas opiniões, a sociedade fica intelectualmente atrofiada. As pessoas precisam comparar e discutir ideias a fim de buscar sua própria individualidade e reconhecer plenamente seus próprios interesses. Nesse sentido:

O hábito constante de corrigir e completar a própria opinião cotejando-a com a de outros, longe de gerar dúvidas e hesitações ao pô-la em prática, constitui o único fundamento estável para que nela se tenha justa confiança. Pois, por tomar ciência de tudo que se pode, ao menos obviamente, dizer contra si, e por assumir posição contra todos os contestadores – sabendo que buscou objeções e dificuldades em vez de as evitar, e não impediu que de nenhuma parte se lançasse alguma luz sobre o assunto – tem direito a pensar que seu juízo é melhor que o de qualquer pessoa ou multidão que não tenha passado por semelhante processo. (MILL, 2000, p. 34).

Claro que não há garantias de que, mesmo com todo este processo, tenhamos certeza de algo, mas a verdade foi perseguida, usando-se os meios disponíveis. Nada impede que, se nos mantivermos abertos, uma “verdade melhor” seja encontrada, nos aproximando ainda mais da verdade. “Este o montante de certeza que pode alcançar um ser falível; este o único modo de alcançá-lo” (MILL, 2000, p. 35). Temos aí uma relação de verossimilhança e, ainda que o termo não seja expressamente usado por Mill, mostra-se bastante relevante para a sua proposta.

Aliás, conforme Himmelfarb (1993, p. 536), Mill não tinha dúvidas quando tratava da verdade em si, isto é, de que existe tal coisa como a verdade, que ela é finalmente cognoscível e que possui valor primário para a humanidade. Nesse sentido, diz a autora, o filósofo não era um relativista, mas sua doutrina se presta ao relativismo, mesmo que de um tipo extremo. Quando ele torna a verdade tão dependente da liberdade – e da liberdade do erro tanto quanto da verdade –, sugere que todas as opiniões, verdadeiras e falsas, são iguais, igualmente valiosas para a sociedade e igualmente dignas de propagação. Mill quis dizer, prossegue a autora, que a sociedade não pode querer decidir entre a verdade e a falsidade, ou mesmo apoiar a verdade uma vez que for determinada. Mas uma geração posterior, privada da autoridade da sociedade e impressionada pela amplitude e tolerância dada ao erro, pode relativizar e “problematizar” a verdade, a ponto de negar a sua própria ideia. Himmelfarb verifica, portanto, uma espécie de risco neste relativismo proporcionado por Mill, algo que ele enfrenta mais adiante para defender o diálogo e o restabelecimento da verdade.

Importante frisar que a verdade, pela teoria milliana, difere-se do conceito de verdade jurídica, já que esta última é construída, empírica, baseada em provas e evidências, não adentrando inteiramente no campo da verdade em si, como almejada por Mill.

O filósofo britânico pondera também sobre a resistência das pessoas a argumentos “levados ao extremo” e reforça que deve haver livre discussão inclusive para tratar de assuntos “duvidosos”, criticando aqueles que impedem de questionar certas doutrinas ou princípios porque já seriam corretos (na visão deles). “Dizer que determinada proposição é certa, enquanto há alguém que lhe negará a certeza se lhe permitirem, mas a quem não permitem fazê-lo, significa assumir a nós mesmos e aos que concordam conosco como juízes da certeza e juízes que não ouvem o outro lado.” (MILL, 2000, p. 36).

O espaço para discussão deve, portanto, ser sempre aberto e acessível, não importando quão polêmica possa ser a temática e afastando quaisquer juízos de certeza absoluta, já que todos estão sujeitos à falibilidade.

Curioso é que a certeza mencionada por Mill não está propriamente ligada à verdade da opinião de quem a emite, mas também ao fato de o indivíduo “não saber o que fazer sem ela” (MILL, 2000, p. 36).

Tal análise revela um viés de psicologia desenvolvida pelo filósofo, que se preocupa com o comportamento humano em relação à liberdade de expressão. E, por conta disso, é algo atemporal. Transportado aos dias de hoje, é comum depararmos com opiniões reproduzidas e disseminadas sem critérios, em que grupos identificados ideologicamente se apropriam de uma ideia, consideram que estão certos e não toleram qualquer opinião em contrário, chegando a

extremos, como o uso da violência. Muitas dessas pessoas se escondem nas redes sociais para amplificar este discurso, que repercute e influencia.

O problema é quando ocorre uma reivindicação para que se proteja uma opinião contra o ataque público, alegando-se que certas crenças são tão indispensáveis ao bem-estar que é dever dos governos mantê-las e agir conforme ao que seria a “opinião geral dos homens”. Aqueles contrários seriam taxados de “maus” e não haveria qualquer óbice – para este segmento dominante – em restringi-los e proibi-los de exercer o que desejam (MILL, 2000, p. 36-37).

Evidente que se houvesse qualquer tipo de restrição a uma opinião, ainda mais contrária aos interesses dominantes, estaríamos diante de uma censura praticada contra as pessoas que divergem daquelas crenças, um alerta que Mill já trazia e se mostraria tão comum no século XX com os governos totalitários que se espalharam pelo mundo.

De acordo com Jacobson (2000, p. 279-280), este será um ponto crucial, porque aqueles que censuram a expressão alegam que aquela opinião visada é extremamente prejudicial. Mill não se ocupa diretamente com esses argumentos, mas oferece “considerações altamente gerais” em favor da tolerância de todos os sentimentos e opiniões, estendendo-se até mesmo à sua expressão pública.

Para Mill, o que está em jogo é a própria utilidade da opinião. “A utilidade de uma opinião é, por si mesma, uma questão de opinião: é tão discutível, tão exposta à discussão e exige tanta discussão como a própria opinião.” (MILL, 2000, p. 37). Assim, a verdade de uma opinião faz parte de sua utilidade, embora, na visão das pessoas “boas”, nenhuma crença contrária à verdade pode ser útil, o que impede qualquer discussão honesta a respeito da utilidade.

Por isso, o filósofo afirma ser um “equívoco negar-se a ouvir opiniões porque nós as condenamos em nosso próprio julgamento” (MILL, 2000, p. 38). E pouco importa se a opinião seja qualificada como imoral ou ímpia:

Por mais absoluta que seja a persuasão de um homem, não apenas em relação à falsidade como ainda às consequências perniciosas, não apenas das consequências perniciosas, mas [...] da imoralidade e impiedade de uma opinião, ainda assim se, como resultado desse julgamento privado, embora amparado pelo juízo público de seu país ou de seus contemporâneos, ele impede que seja ouvida a defesa dessa opinião, presume a própria infalibilidade. (MILL, 2000, p. 39).

O perigo de toda presunção pode aparecer ainda com uma roupagem legal, usada para extirpar “os melhores homens e as mais nobres doutrinas” (MILL, 2000, p. 39), tática comumente empregada para calar vozes destoantes de um determinado regime ou governo, o

que nos leva a toda uma discussão interpretativa sobre o positivismo jurídico quando descontextualizado de princípios e valores morais que garantam um substrato mínimo ao ser humano.

Segundo Rosen (2004, p. 186-187), tais considerações mostram que chamava a atenção de Mill esta falta de preocupação com a verdade, constatada na maneira como a maioria dos seres humanos, mesmo aqueles que estão dispostos a aceitar opiniões divergentes, forma seus pontos de vista e os impõe a outros. Estas pessoas desconfiam das suas próprias opiniões e são felizes em aceitar aquelas mantidas pelo “mundo” – ou pelo menos daquela parte que têm contato. Poucos se incomodam com o fato de que essa condescendência das opiniões alheias leva a um tipo de relativismo, já que as opiniões diferem em várias partes do mundo. A aplicação legal ou popular dessas opiniões envolve uma suposição de infalibilidade, que anda lado a lado com o que pode ser chamado de “indiferença à verdade”.

O pior é que as pessoas parecem não se atentar a isso, ou pelo menos não se esforçam a enxergar além de suas convicções e influências. Falta uma preocupação séria com a verdade, o que envolve o reconhecimento de que talvez não conhecem a verdade e, portanto, não podem agir com alguma certeza infalível.

Para mudar isso, devem desafiar suas próprias opiniões, o que demanda senso crítico e autocrítica, uma exigência que nem todos estão preparados a cumprir. A consequência, como Mill exemplifica relatando os casos de Sócrates, Jesus Cristo e do imperador Marco Aurélio, é que toda presunção leva a erros que apenas o tempo irá mostrar. “Portanto, que todo adversário da liberdade de discussão se abstenha de presumir sua infalibilidade e a de seu tempo.” (MILL, 2000, p. 43).

Em suas reflexões, Mill faz outro alerta, de que nem sempre a verdade triunfa sobre a perseguição, mostrando que a história está repleta de exemplos de verdades suprimidas durante séculos (MILL, 2000, p. 45). Qual seria, então, a vantagem de exprimir opiniões baseadas na verdade? Não haveria vantagem em propagar o erro ou a falsidade? Para o filósofo, a verdade traz uma vantagem real: ela encontrará, ao longo dos anos, pessoas aptas a redescobri-la. E ainda que a opinião verdadeira seja suprimida por inúmeras vezes, será reapropriada até que finalmente escape da perseguição e avance, resistindo às tentativas de refutação (MILL, 2000, p. 46).

Tal arguição é questionada por Nys (2006, p. 308), pois não haveria como saber de antemão que a opinião reprimida é falsa. Daí a importância de existir um domínio da discussão livre: a correção de uma opinião é algo que deve ser continuamente verificada. Portanto, não é ao ser confrontado com o erro que a humanidade poderá colher resultados benéficos, mas sim quando argumentar que a opinião desafiadora deve estar errada. O que deve ser evitado a todo

custo é a suposição injustificada de que a opinião predominante é perfeitamente correta. Um ambiente de debate aberto asseguraria que as pessoas tivessem que defender sua posição contra os outros, de modo que não pudessem mais dar sua própria opinião como garantia.

Existe, ainda, o risco de um estigma social sob determinada opinião ou linha de pensamento, que pode advir, para Mill (2000, p. 50), das próprias “penalidades legais”, ou seja, da aplicação da lei pela via judicial, reforçando estereótipos e alimentando preconceitos.

Da mesma forma, manifestar uma opinião contrária à sociedade pode ter impactos na vida pessoal – por exemplo, o sujeito perder sua fonte de renda –, tornando a pessoa vítima de uma “intolerância social”. Isso faz com que os indivíduos mascarem a sua opinião e deixem de se esforçar para difundi-la. Assim, as opiniões dominantes ficam sob uma “calma aparente”. Mas tudo isso tem um preço: “[...] o preço a pagar por essa espécie de pacificação intelectual é o sacrifício completo de toda a coragem moral do espírito humano” (MILL, 2000, p. 50-52).

Esta situação gera uma espécie de apatia social. Explico. Mill (2000, p. 52) via que sob tais condições só haveria pessoas que se conformam ao senso comum ou que são condescendentes para com a verdade, não se preocupando com ela e tendo argumentos destinados tão somente aos seus ouvintes.

A tendência generalizada para o conformismo, inclusive, é considerada por Nys (2006, p. 309) como o principal inimigo em “A Liberdade”, representando a principal fonte de estagnação social. A libertação desse “conformismo” está na liberdade de pensamento e discussão, trazendo novos ares para o debate.

“Se o progresso social é, de fato, atrofiado por um conformismo paralisante (porque as verdades dominantes não são mais contestadas), então a humanidade precisa urgentemente de novas e desafiadoras opiniões, que devem trazer ar fresco à discussão.” (NYS, 2006, p. 310, tradução nossa).³⁸

Uma sociedade que não contesta princípios, que considera encerrada qualquer discussão sobre grandes questões, dificilmente tem um povo intelectualmente ativo (MILL, 2000, p. 53-54). E isso, por si, é suficientemente negativo. O resultado seria uma sociedade sem senso crítico, facilmente manipulada, com cidadãos que evitam assuntos polêmicos. Afinal, diz Mill (2000, p. 52), o que fortalece e amplia o “espírito do homem” é a “especulação livre e audaciosa sobre os mais elevados assuntos”.

³⁸ If social progress is indeed stunted by a paralysing conformism (because the dominant truths are no longer contested), then mankind is in dire need of new and challenging opinions, which should bring fresh nourishment to the discussion.

Tais considerações resumem a primeira hipótese desenvolvida por Mill, o que nos leva a enfrentar a segunda divisão de seu argumento sobre a liberdade de expressão.

Enquanto inicialmente ele considerou que a opinião talvez pudesse ser verdadeira e os desdobramentos desta suposição, nesta etapa a proposta é admitir que a opinião recebida é verdadeira, colocando de lado a suposição de que possa ser falsa e examinando seu valor quando não se debate livre e abertamente sua verdade.

Em outras palavras, a especulação sobre uma dúvida abre caminho para uma certeza, porém destituída de validade se não houver discussão “de maneira plena, frequente e corajosa”. Sem o amplo debate, a opinião, por mais verdadeira que seja, será um “dogma morto” (MILL, 2000, p. 55).

Não basta, por exemplo, simplesmente concordar com o que se julga ser verdadeiro, especialmente sem conhecer os fundamentos da opinião e ser incapaz de defendê-la contra as mais superficiais objeções.

O problema é quando esta opinião se dissemina – Mill se preocupava, à época, que tal credo passasse a ser ensinado pelas autoridades –, dando à pessoa a sensação de não haver motivos para questionamentos, encarado como algo negativo. Basta verificarmos os efeitos devastadores que uma informação falsa provoca a alguém ao ser compartilhada indiscriminadamente pelas redes sociais, ou de uma fala equivocada de um formador de opinião. A consequência mais imediata é a intolerância com a contestação.

Quando sua influência prevalece, tornam quase impossível rejeitar a opinião recebida com sabedoria e atenção, embora ainda se possa rejeitá-la com precipitação e ignorância, pois excluir completamente a discussão raramente é possível, e quando é porventura aceita, crenças que não estejam fundadas em convicções são suscetíveis de ceder diante do mais leve simulacro de argumentação. (MILL, 2000, p. 55).

Em todo assunto em que é possível a diferença de opinião, diz Mill (2000, p. 57-58), a verdade depende do equilíbrio a ser encontrado entre dois grupos de razões conflitantes. Quem fica restrito apenas ao seu lado da questão mostra que não conhece muita coisa, ainda que seus argumentos sejam excepcionais, já que não é capaz de refutar as razões contrárias. Dessa forma, “não possui fundamentos para preferir uma opinião à outra”. Mill faz praticamente uma apologia ao debate sadio e inteligente, em que é importante “mergulhar” na posição mental do outro, apresentando conteúdo persuasivo o suficiente para enfrentar o assunto e se aproximar daquela porção da verdade que confronta. O resultado seria a consolidação de seus próprios fundamentos.

Ainda que haja aqueles que argumentem contra a livre discussão, sob a justificativa de que não é necessário que toda pessoa conheça e entenda todos os pontos de vista, em especial aqueles mais técnicos – Mill refere-se especificamente às opiniões de filósofos e teólogos, mas a analogia está na erudição e especificidade –, ou ainda tenha que rebater todas as afirmações falsas e errôneas da parte contrária, apostando em um tipo de porta-voz apto a responder por elas e depositando sua confiança em autoridades, a relevância da livre discussão permanece. E sob um aspecto bastante pertinente: os indivíduos devem ter “a certeza racional de ter respondido satisfatoriamente a todas as objeções” (MILL, 2000, p. 59-60). Pouco importa o grau de instrução ou a simplicidade da pessoa em questão. Sua voz deve ser ouvida. Caso contrário, o público ficaria fora de discussões de assuntos possivelmente de seu interesse e que repercutem diretamente em sua vida, alimentando um certo nível de alienação. Esse é um dos motivos pelo qual os canais de comunicação são tão importantes no seio da sociedade.

[...] na ausência de discussão se esquecem não apenas os fundamentos das opiniões, como ainda, frequentemente, o significado da própria opinião. As palavras que a exprimem cessam de sugerir ideias, ou sugerem somente uma pequena parcela das que foram originariamente empregadas para comunicá-las. (MILL, 2000, p. 61).

Para Mill (2000, p. 62-64), enquanto perdurar o conflito de opiniões, o significado de uma doutrina ou credo pode se manifestar com ainda mais consciência. Se uma delas prevalecer, torna-se uma opinião geral – ou pelo menos de determinados grupos; se não, cessa de se expandir. O resultado é a controvérsia em torno do assunto decair e até se extinguir, o que irá gerar consequências negativas para aquele pensamento consolidado, pois as pessoas adeptas a ele tendem a parar de ouvir ou se incomodar com as críticas ou argumentos desfavoráveis, deixando de ter qualquer sentido ao indivíduo, o qual simplesmente reproduz de forma superficial aquilo que herdou.

O questionamento, portanto, é fundamental para manter viva qualquer doutrina, já que, afirma Mill (2000, p. 67), o significado de algo poderia ser melhor compreendido e ficaria marcado no espírito se existisse o hábito de se ouvir pessoas que realmente entendessem o significado daquilo que se expressa e que usassem argumentos favoráveis e contrários a ele. Afinal, é um erro desistir de pensar sobre algo quando deixa de ser duvidoso, pelo menos de forma aparente.

A defesa de Mill em afastar a unanimidade de uma opinião é justificada, ainda, para a “apreensão inteligente e vivaz de uma verdade”, embora ele reconheça que haverá momentos em que as controvérsias mais sérias sobre determinada questão irão cessar, o que faz parte da

própria consolidação da opinião – algo positivo quando se tratam de opiniões verdadeiras e “perigosa e nociva” no caso de opiniões errôneas (MILL, 2000, p. 68).

Esse ciclo, no entanto, é variável, já que novas e melhores verdades poderão surgir, o que só é possível por conta da renovação de nossas indagações e da prática da reflexão – ou, como sugere Mill, de aplicarmos uma dialética socrática.³⁹

Algumas situações ficam bem claras para se argumentar a favor da diversidade de opinião na visão de Mill. Temos os casos em que a opinião recebida possa ser falsa e, por consequência, outra seja verdadeira, o que por si justifica o debate intenso; e quando a opinião recebida é verdadeira, mas se instala um conflito contra o erro oposto, algo essencial para a apreensão profunda desta verdade (MILL, 2000, p. 70). Existe, todavia, um terceiro viés, quando doutrinas conflitantes compartilham entre si a verdade. Não se trata de uma delas ser verdadeira e outra falsa, mas de guardarem apenas parte da verdade. Há uma incompletude, provocada por omissão ou negligência, que valoriza o que é unilateral e passa a impressão de ser uma verdade inteira, sendo comum o erro de se substituir uma verdade parcial e incompleta por outra. Por isso Mill defende que se deve considerar “preciosa” toda opinião que incorpora algo de verdade suprimida pela opinião comum, mesmo que contenha erro e confusão, já que estimula a notarmos verdades (MILL, 2000, p. 71-72).

A colisão entre doutrinas a que Mill se refere não demanda sobrepor uma em relação a outra, já que suas verdades demandam complemento. Pelo contrário, podem contribuir entre si para se desenvolverem de forma multilateral.

Nas grandes preocupações práticas da vida, a verdade é tanto mais uma questão de reconciliar e combinar opostos, que apenas pouquíssimos possuem espírito suficientemente amplo e imparcial para fazer o ajuste próximo da correção, o que se deve fazer mediante o rude processo de conflito entre combatentes lutando sob estandartes hostis. (MILL, 2000, p. 73-74).

De acordo com Mill (2000, p. 74), apenas com diversidade de opinião é que podemos fazer justiça a todos os lados da verdade, de tal modo que mesmo a exceção a uma aparente unanimidade pode contribuir com a verdade – o que será sempre melhor que o silêncio. Não há, portanto, um princípio que contenha toda a verdade.

³⁹ Nas palavras de Mill (2000, p. 68), a dialética socrática: “Era essencialmente uma discussão negativa das grandes questões da filosofia e da vida, orientada com rematada perspicácia para o propósito de convencer um homem que simplesmente houvesse adotado os lugares-comuns da opinião recebida de que não entendia o assunto, de que até então não atribuíra um significado definido às doutrinas que professava. E tudo isso para que esse homem, inteirando-se de sua ignorância, pudesse se pôr no caminho para alcançar uma crença estável, baseada na clara apreensão do significado e da evidência da doutrina.”

Para demonstrar seu ponto de vista, o autor discorre sobre a moralidade cristã, sua construção com base em influências, apropriações e omissões, e conclui que os “interesses da verdade exigem uma diversidade de opiniões”, especialmente por conta do nosso espírito humano imperfeito. Passa a ser um dever protestar contra aquelas doutrinas que têm a pretensão de assumir uma verdade inteira. Se disso resultar classificar como injustos os que protestam, ainda que lamentável, devemos tolerar essa atitude (MILL, 2000, p. 78-79).

Em nossa sociedade atual, verificamos de maneira até agressiva e baixa as tentativas de intimidação e desqualificação daqueles que protestam contra opiniões que se fazem passar por verdades inteiras ou absolutas.

Mill já demonstrava tal preocupação e defendia o direito de se tolerar esses tipos de manifestações unilaterais, já que fazem parte do processo de construção da verdade e da liberdade de expressão, pois “a colisão de opiniões produz seus efeitos salutares não sobre o partidário apaixonado, mas sobre o espectador mais calmo e desinteressado” (MILL, 2000, p. 80).

O problema, prossegue o filósofo, é quando as pessoas se atentam somente para um lado, o que faz os erros consolidarem-se em preconceitos e a própria verdade deixar de ter o efeito da verdade para exaltar a falsidade. Devemos lembrar que a tolerância, todavia, vai até o limite do dano. Fatos que ofendam, causem prejuízos à reputação, à honra e à moral, estão sujeitos à punição pelo nosso ordenamento jurídico.

Com base nas considerações feitas no capítulo II de “A Liberdade”, Mill sintetiza seus quatro principais argumentos para a necessidade da liberdade de opinião e de expressão da opinião, voltada a assegurar o bem-estar intelectual das pessoas, da seguinte forma:

Em primeiro lugar, uma opinião reduzida ao silêncio pode, pelo que nos é dado a conhecer com certeza, ser verdadeira. Negá-lo é afirmar nossa própria infalibilidade.

Em segundo lugar, embora a opinião silenciada seja um erro, pode conter, e muito comumente contém, uma parcela de verdade; e como raras vezes ou nunca a opinião geral ou dominante sobre um assunto qualquer constitui a verdade inteira, é apenas pelo choque de opiniões adversas que o resíduo da verdade tem alguma possibilidade de se produzir.

Em terceiro lugar, mesmo se a opinião recebida for não apenas verdadeira, como ainda a verdade toda, a menos que se permita contestá-la e que realmente seja contestada vigorosa e veementemente, muitos dos que a recebem a professarão como um preconceito, sem compreender ou sentir seus fundamentos racionais. E, em quarto lugar, não apenas isso, mas o significado da própria doutrina correrá o risco de se perder ou enfraquecer, e carecer de seu efeito vital sobre o caráter e a conduta: o dogma se torna simplesmente uma manifestação formal, ineficaz para promover o bem, mas que tolhe o fundamento, impede o crescimento de qualquer convicção real e sincera, seja oriunda da razão, seja da experiência pessoal. (MILL, 2000, p. 80-81).

Para Guisán (2008, p. 57), os apontamentos de Mill pressupõem, de forma geral, um esforço para contrastar as nossas próprias opiniões com as opiniões dos outros. Mas ele o faz de maneira otimista: se a doutrina que ouvimos é verdadeira, isso ajudará a consolidar a nossa própria; caso seja falsa, servirá para conhecermos o caminho que não devemos seguir.

A abordagem reforça a necessidade de tolerância e o esforço do qual a autora se refere. Tem muito a ver, ainda, com boa vontade, já que a conquista da liberdade requer o diálogo contínuo com todas as partes. Ao mesmo tempo, afirma Guisán (2008, p. 57), será algo gratificante porque nos faz sentir seguros de que nosso julgamento será melhor do que daqueles que não foram expostos às críticas de seus adversários.

Uma interessante interpretação é feita por O'Rourke (2001, p. 79), para quem a ênfase de “A Liberdade” não está no direito inequívoco dos indivíduos em “expressar” suas opiniões, mas no fato de que as pessoas devem estar livres para “ouvir” tudo o que precisa ser dito sobre um tópico, para que elas se desenvolvam e cresçam em sua individualidade. A liberdade de pensamento, portanto, é justificada não no direito do indivíduo de expressar opiniões, mas no direito dos indivíduos de ouvir as opiniões que são ditas.

Noutras palavras, para o autor, o direito de expressar todas as opiniões existe principalmente por causa do ouvinte. Uma diferença que será sutil, mas significativa em sua visão para a interpretação dos argumentos de Mill.

Em sentido semelhante, Riley (2005, p. 174) defende que o ponto central na doutrina da liberdade de expressão de Mill é o direito moral do ouvinte ou espectador adulto individual de receber de outras pessoas quaisquer mensagens e ideias que serão aceitas no processo de formação de opiniões que lhe pareçam justificadas, considerando seu próprio julgamento e inclinações, sem danos diretos e imediatos aos outros. “O elemento mais importante, em outras palavras, é a completa liberdade de qualquer membro do público receber e usar quaisquer comunicações que deseje sem forçar diretamente terceiros a sofrer algum tipo de dano perceptível.” (RILEY, 2005, p. 174, tradução nossa).⁴⁰

Claro que a mensagem sempre se dirige a um ouvinte e ser livre e desimpedido para escutá-la é essencial para a liberdade de expressão. Tanto o direito de dizer, como de ouvir e de buscar essa opinião, fazem parte desta liberdade tão cara em nossa sociedade. Incorremos, todavia, em um grande risco se priorizarmos apenas um dos lados. Poder expressar uma opinião

⁴⁰ The most important element, in other words, is the complete freedom of any member of the audience to receive and use any communications she pleases without directly forcing third parties to experience any form of perceptible damage.

e, mais que ouvir, saber escutar outros argumentos, têm igual peso na concepção milliana da liberdade de expressão.

Isso não significa que os oradores tenham o direito moral de expressar ou divulgar qualquer mensagem que desejem sem levar em conta os danos causados a terceiros. Mais uma vez, faz-se presente o princípio do dano defendido por Mill. Em vez disso, como diz Riley (2015, p. 175), a extensão da liberdade de falar é legitimamente ajustada e controlada pela sociedade, dentro dos limites estabelecidos pelos direitos morais de audiência à liberdade de autoproteção absoluta de pensamento (*absolute self-regarding liberty of thought*), ou seja, todos têm o direito de absorver mensagens e formar opiniões como bem entenderem, desde que nenhum dano direto e imediato seja causado a terceiros.

Assim, para Fitzpatrick (2006, p. 71), a liberdade de opinião e expressão, bem como a busca de nossa própria concepção do bem, carregam outro propósito importante na visão milliana. Essas liberdades são essenciais para o desenvolvimento de todas as nossas capacidades. Por isso, impedir seu desenvolvimento é negar alguma característica importante de nossa humanidade. Nesse sentido, afirma Mill:

Quem deixa que o mundo, ou uma porção deste, escolha seu plano de vida não tem necessidade senão da faculdade de imitação dos símios. Quem escolhe para si mesmo o próprio plano emprega todas as suas faculdades. Necessariamente usa observação para ver, o raciocínio e o juízo para prever, a atividade para coletar materiais para decisão, o discernimento para decidir e, uma vez que decide, a firmeza e o autocontrole para manter a decisão deliberada. E quanto maior for a parte de sua conduta que ele regula segundo os próprios juízos e sentimentos, mais lhe serão necessárias essas diferentes qualidades. (MILL, 2000, p. 90).

A ênfase de Mill na importância da liberdade de expressão indica ainda, segundo Kreider (2010, p. 61-63), o seu eudemonismo,⁴¹ especialmente quando fala do bem-estar humano ou da relevância de cada pessoa ter os meios de exercer a capacidade racional de julgamento moral. Mill acredita que as visões éticas de um indivíduo não podem progredir se ele não tiver a oportunidade de julgar tais pontos de vista. A própria capacidade do julgamento humano de afirmar ou negar opiniões repousa sobre a sua capacidade de exercer-se sobre os meios de julgamento, isto é, a capacidade de chegar a uma conclusão depois de considerar as

⁴¹ O eudemonismo pode ser definido como a doutrina moral na qual “o fim das ações humanas (individuais e coletivas) consiste na busca da felicidade através do exercício da virtude, a única a nos conduzir ao soberano bem, por conseguinte, à felicidade” (JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 98) ou, ainda, “qualquer doutrina que assuma a felicidade como princípio e fundamento da vida moral” (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 391).

várias e conflitantes opiniões e argumentos em torno de uma questão, tendo uma posição racionalmente justificável – e nem sempre correta – sobre aquele determinado assunto.

Por fim, Mill (2000, p. 81-82) concentra sua reflexão nos possíveis limites da liberdade de opinião, ponderando se a livre expressão deve ou não ocorrer com moderação e ultrapassar os “limites da discussão leal”. Primeiro, ele assinala que se a manifestação for dirigida às opiniões atacadas, é natural que aqueles que se sentirem constrangidos aleguem que houve ofensa, buscando reduzir o oponente, o qual será considerado alguém “destemperado”, principalmente se esse ataque for eficaz e vigoroso, ou seja, se surtir efeito. Porém, para o autor, a ofensa mais grave está em omitir “fatos ou argumentos, deturpar os elementos do caso, ou desvirtuar a opinião contrária”.

No entanto, nem sempre isso ocorrerá de forma intencional. Há pessoas que reproduzem essa interpretação distorcida de forma tão espontânea e de boa-fé que fica difícil qualificar tal atitude como moralmente censurável ou, ainda, de incriminar esse vício.

Em nosso ordenamento jurídico, porém, essas pessoas ficam sujeitas à responsabilização por disseminar fatos que constituam ofensa à honra objetiva ou subjetiva de terceiros, algo semelhante ao princípio do dano empregado por Mill, embora o filósofo não aborde especificamente este aspecto ao fazer tal análise.

Mas e se a discussão for destemperada, isto é, com mentiras, sarcasmo, injúrias e outros recursos do gênero? Mill (2000, p. 82-83) afirma que uma proposta de proibir os dois lados de usar esses artifícios ganharia simpatia, mas na prática só seria condenada se fosse contra a opinião dominante, estigmatizando como homens maus e imorais os que sustentam a opinião contrária.

Uma alternativa para aqueles que possuem pontos de vista divergentes é empregar uma “estudada moderação da linguagem” e evitar a ofensa desnecessária, o que também os fazem perder terreno, enquanto o lado da opinião dominante consegue dissuadir o povo de reconhecer e dar ouvidos à opinião oposta.

A saída apontada por Mill (2000, p. 83-84) é conter a linguagem desonrosa em nome do interesse da verdade e da justiça. Nesse sentido, o filósofo traz uma clara limitação à liberdade de expressão, afinal, “mesmo as opiniões perdem a imunidade quando as circunstâncias em que se expressam resultam em instigação positiva a algum ato danoso” (MILL, 2000, p. 85).

Importante notar, como diz O’Rourke (2001, p. 127), que a exceção serve para demonstrar que a liberdade de expressar opiniões existe primariamente por causa do ouvinte, e

não do orador individual. Se quem recebe a opinião está disposto a interferir na liberdade de outros, então quem propaga pode ser culpado.

Isso não se deve ao dano causado àqueles que ouvem a opinião, mas sim porque outros são posteriormente prejudicados como consequência direta de os ouvintes serem incitados à ação pela expressão do orador.

Ocorre que Mill não diz que o incitamento deve ser punido, e sim sustenta que “pode justamente incorrer em punição”. Cada caso, portanto, deve ser julgado nas circunstâncias particulares a ele.

Cada situação seria tratada individualmente, ao que parece, permitindo que os casos de dano sejam avaliados e ponderados dentro do contexto em que ocorrem. No processo, a discussão e a dissensão geradas por todos os lados ajudariam a descobrir a verdade de cada caso em particular, demonstrando ainda mais a validade dos argumentos apresentados no Capítulo 2 de *A Liberdade*. A liberdade de pensamento e discussão é necessária para a formação de intelectos individuais, para a utilidade mais ampla do debate que surge no alcance desse objetivo e para o valor social das verdades que finalmente emergem. (O’ROURKE, 2001, p. 127-128, tradução nossa).⁴²

A análise do caso concreto será determinante para se falar em exceção, já que o impacto de uma opinião para um público, afirma Riley (2005, p. 149), sempre afeta direta e imediatamente outras pessoas, uma vez que reforça ou desacredita opiniões de terceiros, independentemente de seus desejos. Mas é um erro pensar que o incitamento a que se refere O’Rourke seja a única exceção à liberdade de expressar e publicar opiniões, como colocada por Mill (RILEY, 2005, p. 158).

Segundo o autor, a expressão é uma conduta legitimamente sujeita à regulação social, um posicionamento diferente do de Mill, que consistentemente defende uma ampla política social de *laissez-faire* em relação à expressão, análoga àquela aplicada nas trocas econômicas ou comerciais.

Nos poucos contextos em que a intervenção coerciva à expressão é exigida, o princípio central de autonegociar a liberdade, prossegue Riley (2005, p. 149), estabelece certos limites absolutos para o escopo legítimo da autoridade reguladora da sociedade, com o cuidado

⁴² Each situation would be dealt with individually, it seems, allowing for instances of harm to be assessed and weighed within the context in which they occur. In the process, the discussion and dissension generated on all sides would help towards the discovery of the truth of each particular case, further demonstrating the validity of the arguments put forward in Chapter 2 of *On Liberty*. Freedom of thought and discussion are necessary for the forging of individual intellects, for the wider utility of the debate which arises in attaining that end, and for the social value of the truths which finally emerge.

de que a regulamentação nunca pode significar uma proibição total de qualquer tipo de expressão que possa ser consumida pelo indivíduo sem danos diretos e imediatos a terceiros.

O princípio da liberdade, porém, não exclui a possibilidade de completa censura baseada em conteúdo de certos tipos extraordinários de expressão que não podem ser ouvidos ou vistos sem danos diretos e imediatos a terceiros, como questões invasivas que revelem os detalhes íntimos da vida sexual de alguém contra seus desejos. Mesmo assim, a sociedade pode achar geralmente conveniente confiar no estigma social em vez de sanções legais para censurar a expressão em questão, ou mesmo para se abster de exercer sua autoridade legítima de censura (RILEY, 2005, p. 149).

É preciso deixar claro, conforme Riley (2005, p. 160), que a compulsão ou punição do agente nunca é justificada para proteger outros de sentirem “mera antipatia” ou para promover alguma ideia de bem pessoal não compartilhada pelo agente.

O paternalismo puro, entendido como coerção social que obriga o indivíduo a agir de acordo com as ideias de outras pessoas sobre o seu próprio bem em assuntos puramente autônomos, nunca é legítimo. Ao invés disso, a autoridade coercitiva da sociedade está confinada à conduta social do indivíduo, definida como uma conduta que afeta direta e imediatamente terceiros, independentemente de seus desejos. Se a sociedade quer encorajar uma conduta social espontânea que beneficie outras pessoas sem impor nenhum custo a elas, a autoridade coerciva deve ser considerada apenas para regulamentar a conduta social que cause algum tipo de “dano perceptível” a alguém sem seu consentimento, ou que pelo menos represente um risco de fazer isso. Dessa maneira, afasta-se, ou se reduz, o perigo de uma “licença”⁴³ para agir sem se importar com consequências danosas a terceiros.

Entra aí um princípio complementar presente em “A Liberdade”, que pode ser chamado de princípio da autoridade social. De acordo com Riley (2005, p. 160), tal princípio diz que a sociedade e o governo têm autoridade legítima para regular a conduta social prejudicial do indivíduo. “A sociedade, portanto, tem autoridade para estabelecer instituições políticas com autoridade, por sua vez, para promulgar e aplicar códigos legais com a finalidade de impedir

⁴³ Liberdade não deve ser confundida com licenciosidade. De acordo com John Locke (1998, p. 385), um estado de perfeita liberdade e igualdade não significa um estado libertino ou licencioso. Cada um está obrigado a preservar-se e não abandonar a sua posição por vontade própria. Pela mesma razão, deve preservar o resto da humanidade e não pode, “a não ser que seja para fazer justiça a um infrator, tirar ou prejudicar a vida ou o que favorece a preservação da vida, liberdade, integridade ou bens de outrem”. Nas palavras de Oppenheim (1998, p. 712): “Em suma, Liberdade é a não-Liberdade para fazer o mal, enquanto a Liberdade de se afastar do caminho certo é licenciosidade.”

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

OPPENHEIM, Felix E. Liberdade. In: Bobbio, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política I**. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 708-713.

que um indivíduo cause danos graves diretos e imediatos a terceiros.” (RILEY, 2005, p. 160, tradução nossa).⁴⁴ O cuidado que se deve tomar é que as regras nunca devem interferir coercitivamente com a conduta independente, mas distribuir direitos para completar a liberdade de ação, bem como haver a aplicação das sanções legais apropriadas pelas autoridades políticas.

Outra situação trazida por Riley (2005, p. 165-166) e comumente presente nas discussões modernas sobre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa é sobre a invasão à esfera de autoproteção (*self-regarding sphere*) de outra pessoa, ou melhor, à esfera da vida íntima e privada de alguém. O princípio da liberdade de Mill diz que o indivíduo, em fundamentos utilitários, tem um direito moral à individualidade em seus assuntos puramente íntimos, de autoproteção (*self-regarding*).

Assim, a sociedade não possui autoridade legítima para permitir a expressão que colida com a sua liberdade de autoproteção (*self-regarding liberty*), expondo detalhes de sua vida privada contra sua vontade. O dano direto e imediato desse tipo de divulgação não está relacionado aos outros, mas somente à pessoa atingida.

A interferência em sua individualidade, portanto, não pode ser compensada por quaisquer benefícios sociais perceptíveis. Não há, nesse caso, um impedimento de dano direto e imediato a outros, já que não existem danos a terceiros a serem prevenidos – no caso, o dano incide na própria pessoa que tem seu direito à intimidade violado. Nestas situações, Mill insinua que a individualidade prevalece sobre qualquer mera aversão que os outros possam sentir ao ser negada uma expressão relevante (RILEY, 2005, p. 166).

Uma preocupação trazida por Simões (2016b, p. 83-84) fica para a possibilidade de haver uma extensão ilimitada de intervenções do Estado na esfera privada quando se procura justificar o paternalismo nas situações em que há excessos no uso da liberdade e que o “princípio absoluto” de “A Liberdade” procura defender. Em especial, porque a maior parte dos preços pagos pela sociedade para reparar consequências individuais danosas está nas cargas que a sociedade suporta de forma voluntária.

Nestas situações, há um claro conflito de direitos fundamentais, por isso nossa defesa de que será o caso concreto que estabelecerá os limites da intervenção estatal. Como o próprio autor alerta: “A aceitação total do paternalismo de Estado conduziria a intromissões intoleráveis na liberdade individual. E, a rejeição total do paternalismo implicaria na rejeição de uma parte essencial da legislação que é geralmente útil e aceitável, tanto para o indivíduo como para o corpo social.” (SIMÕES, 2016b, p. 85).

⁴⁴ Society thus has authority to establish political institutions with authority in turn to enact and enforce legal codes for the purpose of preventing one individual from directly and immediately causing serious harms to others.

De todo modo, embora haja brechas que possam tolerar a intervenção do Estado e isso traga alguns riscos – os quais devem ser aceitos, porém controlados –, quaisquer restrições, na visão de Mill, não seriam feitas pela lei ou pela autoridade. É a própria opinião – no caso dentro do processo de formação da opinião pública – que deve decidir pelas circunstâncias do caso individual, condenando a todos que manifestem más intenções, fanatismo e intolerância, pouco importando o lado.

Em paralelo, confere honra a todos que “têm calma para ver e honestidade para afirmar o que realmente são suas opiniões e as de seus oponentes, nada exagerando para desacreditá-las e nada ocultando que informe, ou se suponha informar, em favor delas”. Esta será, para Mill, a “verdadeira moralidade da discussão pública” (MILL, 2000, p. 84).

Isso traz uma dificuldade, especialmente se considerarmos a existência de um dano perceptível, como sugere Riley. Não devemos desprezar, ainda, a possibilidade de a própria sociedade querer prejudicar de forma deliberada algum agente, seja uma voz dissidente ou alguém que contrarie interesses, ou ainda de fazer um risco calculado para aquele resultado danoso.

Não há resposta simples. Um julgamento moral parece inevitável caso se mantenha o Estado e todo o seu aparato de Justiça afastado, embora não tenhamos nenhuma garantia de imparcialidade também por parte do Judiciário. Mais uma vez, o debate plural, como ensinado por Mill, é um caminho a ser considerado.

E como o diálogo pode ser colocado em prática? O diálogo, afirma Skorupski (2010, p. 286-287), é o discurso irrestrito entre pessoas racionais. Seu objetivo interno é ação correta e crença correta, ou a verdade em um sentido mais amplo. Chegar à verdade requer discussão e, disseminá-la, requer comunicação. As condições de diálogo prevalecem quando é razoável supor que nossos parceiros em diálogo almejam o mesmo objetivo, têm os poderes racionais para buscá-lo e estão em condições de fazê-lo.

Caso sigamos o caminho moral, os limites do paternalismo, diz Simões (2016b, p. 86), serão inerentes ao utilitarismo, em que a prevenção do mal pode justificar a intervenção do Estado.

Por outro lado, se considerarmos, como diz Riley (2005, p. 171), que a sociedade tem autoridade legítima para proibir a expressão de opiniões sobre os detalhes da vida privada de outra pessoa contra seus desejos, é uma questão separada de como essa autoridade social pode ser exercida de maneira conveniente. Caso seja dado pela sociedade ao Estado essa permissão e dever de intervenção em casos concretos bem delineados, não seria a própria sociedade que estaria exercendo essa restrição?

Na leitura feita por Sá (2010, p. 61-62), não basta, para Mill, que o Estado reconheça na esfera privada dos cidadãos um domínio de liberdade fechado à sua intervenção política, assim como também não é suficiente que o Estado seja representativo ou democrático. É preciso que ele seja determinado por regras e leis, o que busca afastar a tirania da maioria.

Mais do que um Estado circunscrito e limitado diante da esfera privada dos cidadãos, ou mais do que um governo democrático que reconhecesse a soberania do povo, ou pelo menos a necessidade da sua subordinação a instituições representativas desse mesmo povo, a Liberdade exigiria que o Estado fosse determinado por regras e leis destinadas a impedir a própria sociedade, na sua maioria moral, de discriminar indivíduos excêntricos ou de proibir-lhes a livre expressão das suas doutrinas e dos seus pensamentos, das suas opiniões e dos seus gostos minoritários, desde que tais doutrinas, pensamentos, opiniões e gostos dissessem respeito apenas à sua individualidade, ou seja, desde que, independentemente da repulsa que pudessem causar na maioria dos seus concidadãos, não se constituíssem como nocivos para a vida destes. (SÁ, 2010, p. 61).

Claro que o Direito positivo também pode ser usado pela mesma tirania que se combate, por isso qualquer normatização precisa das devidas discussões públicas, refletindo os próprios anseios sociais e garantindo o respeito a direitos basilares e, por que não, considerando-se critérios morais cuja base pode ser utilitarista.

Outro ponto de alerta fica para uma possível prática de censura. Ao falar em restringir uma opinião por conta de danos a terceiros, Mill em nenhum momento sugere tal expediente, como alguns autores, por exemplo, o próprio Jonathan Riley, interpretam. Esse cuidado é vital para não deixar a liberdade de expressão a mercê de juízos de valores. Qualquer controle, seja ele judicial ou social, deve se dar por um devido processo legal ou pelo diálogo.

Para Simões (2016b, p. 91-92), quando a intervenção é necessária, deve-se preferir a informação e o conselho do que a manipulação e a coerção. Caso ocorra, suas consequências devem ser benéficas sob o aspecto utilitário. “Isto não implica somente que o preço da intervenção não deva ultrapassar o prejuízo que a ação danosa arrisca causar, mas também que as consequências da intervenção não devem ser mais danosas para o agente que as consequências de sua própria decisão se esta for realizada.”

As nuances dos argumentos presentes na obra de Mill para a extensa, mas não ilimitada, liberdade de expressão geram conflitos e fazem com que sua obra nem sempre seja bem compreendida.

Como resultado, afirma Riley (2005, p. 176), o liberalismo milliano é associado a tudo, desde uma defesa amena do diálogo socrático até o absolutismo da liberdade de expressão, o que mostra que suas observações carecem de estudos mais cuidadosos.

O fato é que todas as razões apresentadas por Mill até aqui, como ele mesmo define, “tornam imperativo os indivíduos serem livres para formar opiniões e exprimir suas opiniões sem reservas”, exigindo que as pessoas sejam “livres para agir de acordo com suas opiniões – para pô-las em prática em suas vidas –, sem impedimentos físicos ou morais por parte de seus semelhantes, desde que o façam por sua própria conta e risco” (MILL, 2000, p. 85).

Atingir esse grau não é tarefa fácil, especialmente sem a intervenção do Estado, o que exige um amplo e constante diálogo aberto e uma sociedade extremamente evoluída, algo já vislumbrado por Mill e que enaltece a própria liberdade de expressão.

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ESFERA ESTATAL: CONTRASTES DO ANTIPATERNALISMO À AGENDA POLÍTICA

A proteção e defesa para a garantia da liberdade de expressão passam pelas discussões sobre o papel desempenhado pelo Estado na concretização prática desse direito, fundamental para a democracia. Vivenciamos e continuamos a acompanhar debates travados em especial no campo jurídico, em que a liberdade de expressão nas suas diversas acepções é colocada em xeque.

Na nossa sociedade moderna, cabe ao Estado dirimir os conflitos apresentados, embora essa intervenção seja questionada. Existe um antagonismo presente, que coloca em tensão dois posicionamentos bem delineados.

De um lado está a proteção da autonomia dos indivíduos, afastando o ente estatal de intervir na esfera individual. Essa corrente antipaternalista tem em John Stuart Mill um dos seus principais expoentes e vem prevalecendo nos EUA. Até porque, tradicionalmente o liberalismo está identificado com a ideia de direitos individuais com um Estado limitado.

Oposto a esta teoria, temos aqueles que consideram o Estado como necessário a atuar de forma positiva para a garantia de um direito que é constitucional, podendo assegurar e promover essa liberdade, atuando de maneira paternalista.

Na terceira via, encontramos o pensamento de autores como Owen M. Fiss, que busca um equilíbrio entre estas duas concepções, possibilitando uma harmonia entre o debate democrático e a garantia da autonomia individual. Ou, ainda, para que o antipaternalismo não perca de vista a justiça social, um cuidado já revelado por Mill, como será exposto no decorrer deste capítulo.

Toda essa extensa discussão possibilita que o tema ingresse na agenda das políticas públicas, fomentando a própria democracia. Existe um contraste evidente dos possíveis papéis a serem desempenhados pelo Estado quando falamos em liberdades individuais, mas no caso da liberdade de expressão, o debate é sempre atual, acalorado e perpassa gerações. Temos, de fato, a liberdade de nos expressar como bem entendemos? Há limites? Caberia à sociedade ou ao Estado resguardar tal direito? E qual a sua relevância e influência na democracia moderna?

A filosofia política, o Direito, a comunicação social e tantos outros campos científicos trazem suas contribuições e travam embates em busca de respostas a estas questões. Mas é preciso compreender como o próprio Estado lida com as contradições em torno da liberdade de expressão, seja no aspecto antipaternalista, focado no bem-estar social ou ainda nas contribuições para a agenda política. Afinal, o Estado está em constante movimento, modificando-se

conforme a sociedade evolui ou regride no enfrentamento de seus dilemas morais, éticos e de justiça.

Para delinear toda essa problemática, percorrendo os diferentes campos, até chegarmos a uma síntese que propicie um diálogo interdisciplinar, devemos enfrentar alguns conceitos, a começar sobre o lugar do Estado moderno em nossa sociedade.

Como afirma Carvalho (2002, p. 12), “a luta pelos direitos, todos eles, sempre se deu dentro das fronteiras geográficas e políticas do Estado-nação”.⁴⁵ Esta barreira, todavia, é transpassada se for considerada a corrente universalista, que defende a proteção global dos direitos humanos, cujo germe se deu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Com ela, assinala Bobbio (2004, p. 29-30), a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva. Universal porque os destinatários dos princípios nela contidos não são mais “apenas os cidadãos deste ou daquele Estado”, mas todas as pessoas; positiva por colocar em movimento um processo no qual “os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado”. Com a liberdade de expressão não é diferente.

3.1 A compreensão do papel do Estado

O Estado, enquanto sociedade política, possui um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades atinjam seus próprios fins particulares. Esse fim do Estado é o chamado bem comum, entendido, tendo como base a Encíclica do Papa João XXIII, como o “conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”.

Como o Estado busca o bem comum do seu povo, haverá uma concepção particular de bem comum para cada Estado, considerando as peculiaridades desse povo (DALLARI, 2016, p. 111).

⁴⁵ Segundo Carvalho (2002, p. 12), a construção da cidadania tem a ver com a relação das pessoas com o Estado e com a nação, pois “as pessoas se tornavam cidadãos à medida que passavam a se sentir parte de uma nação e de um Estado”. O autor reconhece, todavia, que há tradições de cidadania construídas de baixo para cima, que são as experiências históricas marcadas pela luta por direitos civis e políticos conquistados ao Estado absolutista. (CARVALHO, 1996, p. 338). Neste sentido, Silva (2008, p. 80) afirma que a vinculação entre as dimensões ou partes da cidadania e as formas de direitos corresponde aos diferentes momentos no processo de formação e desenvolvimento do Estado moderno. “Assim, a luta por direitos civis, que dá conteúdo à cidadania civil, é parte de um processo mais geral de luta contra o Estado absolutista e pela formação do Estado constitucional burguês.” CARVALHO, José Murilo de. Cidadania: tipos e percursos. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 337-360, dez. 1996.

SILVA, Josué Pereira da. **Trabalho, cidadania e reconhecimento**. São Paulo: Annablume, 2008.

O fato é que, invariavelmente, os Estados democráticos almejam a preservação da liberdade individual, incluindo, por consequência, a própria liberdade de expressão, a qual será um componente integrante do bem comum.

Assim, Dallari (2016, p. 121), conceitua o Estado como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. Logo, a garantia da liberdade de expressão deve fazer parte da finalidade estatal.

Para O’Donnell (1981, p. 72-73), o Estado pode ser entendido como o “componente especificamente político da dominação numa sociedade territorialmente delimitada”. No caso, dominação – ou poder – aparece como a capacidade, atual e potencial, de impor regularmente a vontade sobre outros, “inclusive mas não necessariamente contra a sua resistência”.

Trata-se de uma “dominação relacional”, que vincula os sujeitos sociais e, consequentemente, é assimétrica, pois é uma relação de desigualdade, levando em conta o controle dos meios de coerção física, dos recursos econômicos e dos recursos de informação. “[...] o Estado em seu conjunto – como aspecto e como objetivações – é uma forma de articulação daqueles sujeitos sociais. Neste sentido, o Estado é uma [...] generalidade parcializada (devido ao viés estrutural da modalidade de articulação entre aqueles sujeitos).” (O’DONNELL, 1981, p. 77-78).

Na definição de Reale (2002, p. 66), o Estado é a “organização da Nação em uma unidade de poder, a fim de que a aplicação das sanções se verifique segundo uma proporção objetiva e transpessoal”. Para atingir esta finalidade, detém o “monopólio da coação” para a distribuição da justiça. Por este motivo, é comum parte dos constitucionalistas afirmar que o Estado é a instituição detentora da “coação incondicionada”. “O Estado, como ordenação do poder, disciplina as formas e os processos de execução coercitiva do Direito.”

Esta coercibilidade, entendida como a “possibilidade lógica da interferência da força no cumprimento de uma regra de direito”, é um dos elementos que distingue a Moral do Direito (REALE, 2002, p. 62).

Ocorre que, prossegue Reale (2002, p. 66-67), o Estado não detém o monopólio da coação, nem representa a única forma de garantia das proposições jurídicas. Existem ordenações jurídicas não estatais, que podem surgir e desenvolver-se externamente, o que configura uma pluralidade das ordens jurídicas positivas. “O Estado é o detentor da coação em última instância. Mas, na realidade, existe Direito também em outros grupos, em outras instituições, que não o Estado.” Como exemplo, o jurista cita o Direito canônico, que não se confunde com o Direito do Estado, a juridicidade das organizações esportivas e as entidades representativas, em especial determinadas organizações não governamentais (ONGs).

Não se pode perder de vista que o Estado, diz Dallari (2016, p. 127-130), implica em um “entrelaçamento de situações”, compreendendo aspectos jurídicos e um conteúdo político, já que toda regra de comportamento se liga a fundamentos e finalidades enquanto a “permanência de meios orientados para certos fins depende de sua inserção e normas jurídicas”.

É pelo caráter político que o Estado ganha a função de coordenar os grupos e os indivíduos para atingir certos fins. Para isso, impõe a escolha dos meios adequados, levando em conta as necessidades preponderantes do povo e as possibilidades disponíveis; a conciliação das necessidades dos indivíduos e da coletividade para a tomada de decisões políticas e a determinação de limitações à liberdade individual para aumentar a eficácia dos meios disponíveis. Aparece aí a principal dificuldade das decisões políticas: encontrar o equilíbrio entre liberdade e autoridade.

[...] para que a dinâmica social se oriente no sentido de um fim determinado, será preciso coordenar a atuação dos indivíduos e dos grupos sociais, sendo indispensável, portanto, o estabelecimento e a preservação de uma ordem, o que implica a possibilidade de coagir. [...] Mantendo-se a liberdade ilimitada, como um valor supremo que não pode ser restringido por qualquer outro, uma vez que nenhum lhe é superior, será bem difícil a preservação da ordem e, conseqüentemente, da coordenação em função de fins. Entretanto, se essa consideração levar ao excesso de restrições à liberdade, para que seja assegurada com a máxima eficácia a preservação da ordem, esta acaba perdendo o caráter de meio para se converter em fim. E então será uma ordem maléfica, por se constituir um empecilho à consecução dos valores fundamentais da pessoa humana, entre os quais se inscreve a liberdade. (DALLARI, 2016, p. 130).

A discussão sobre dar à liberdade um valor absoluto, sem limitações, ou de restringi-la em determinadas situações, correndo o risco de um excesso, aplica-se também à liberdade de expressão. Como visto, Dallari defende um equilíbrio, mas essa posição não é pacífica.

3.2 Antipaternalismo e a visão milliana

Em defesa de uma intervenção mínima do Estado na liberdade temos John Stuart Mill, que traz uma assertiva marcante e que fundamenta o chamado princípio do dano, a qual novamente reproduzimos: “O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar danos aos demais. Seu próprio bem, físico ou moral, não é garantia suficiente.” (MILL, 2000, p. 17). Não se trata, como vimos, de tornar o indivíduo imune às conseqüências de seus atos, mas de possibilitar que tenha autonomia suficiente para agir sem interferências. Seu limite estará na prevenção e

no impedimento da ocorrência de danos contra terceiros, o que servirá como uma espécie de sistema de contenção social para que a liberdade de expressão não seja exercida de forma a destruir a honra de outras pessoas, por exemplo.

O princípio da liberdade ou do dano de Mill, portanto, trata-se também de um princípio antipaternalista, fundado em valores de autonomia e individualidade, que na visão de alguns autores é capaz de dar conta dos questionamentos críticos.⁴⁶ Mas o que vem a ser o paternalismo, que justificaria a intervenção do Estado em nossas vidas?

Segundo Dworkin (1997, p. 62), o paternalismo pode ser compreendido como a intervenção na liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões referentes exclusivamente ao bem-estar, ao bem, à felicidade, às necessidades e aos interesses ou valores da pessoa que está sendo coagida.

O autor ainda divide as intervenções paternalistas em casos “puros” e “impuros”. No paternalismo “puro”, a classe de pessoas cuja liberdade é restrita é idêntica à classe de pessoas cujo benefício se destina a ser promovido por tais restrições. No paternalismo “impuro”, temos que, na tentativa de proteger o bem-estar de uma classe de pessoas, considera-se que a única maneira de o fazer implica em restringir a liberdade de outras pessoas além daquelas que são beneficiadas (DWORKIN, 1997, p. 65).

Na opinião de Mill, de acordo com Bogen e Farrell (1978, p. 325), nenhum adulto em sã consciência pode ser forçado a fazer outra coisa senão o que ele ou ela quer fazer simplesmente por razões paternalistas. Para justificar o uso da força, é preciso mostrar que a conduta que está se tentando controlar provavelmente prejudica alguém que não seja o agente. Se isso não puder ser mostrado, ou melhor, demonstrado, não existe direito de se recorrer à força, seja sob a forma de pressão social ou de sanções legais.

O princípio do dano, portanto, dizem os autores, estabelece uma doutrina intransigente da autonomia individual tendo bases estritamente utilitaristas. Nas palavras de Mill (2000, p. 187), “as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrário da felicidade”.

Para Mill (2000, p. 128), “o mais forte argumento contra a interferência do público na conduta puramente pessoal é o de que, quando interfere, provavelmente interfere mal e no lugar errado”.

Isso representa, conforme Arneson (1989, p. 411), o nível de abstração em que o argumento de Mill é lançado.

⁴⁶ Veja ARNESON, Richard J. Mill versus Paternalism. *Ethics*, Chicago, v. 90, n. 4, p. 470-489, Jul. 1980, que faz uma reformulação do princípio do dano de Mill.

Tal premissa, diz ele, considera uma regra de tratamento das proposições paternalistas que devem guiar uma autoridade pública formuladora de políticas. Referida autoridade precisa tomar decisões com informações limitadas e imperfeitas sobre o impacto das políticas que considera ter no bem-estar dos cidadãos.

Além disso, prossegue o filósofo norte-americano, o custo de adaptar uma política de intervenção ao caso individual seria proibitivo, mesmo se informações perfeitas estivessem disponíveis.

“Qualquer política viável deve fazer classificações gerais aproximadas. Buscamos o que é, na verdade, uma regra constitucional para orientar a formulação de políticas no mundo não ideal.” (ARNESON, 1989, p. 411, tradução nossa).⁴⁷

Na prática, afirma Arneson (1989, p. 411), as restrições paternalistas atingirão a liberdade de alguns que seriam melhores na ausência da restrição e de alguns que estariam melhor se a restrição fosse imposta. De qualquer modo, o resultado é que tais restrições anulam o julgamento do indivíduo sobre o que é melhor para si mesmo. Caso a pessoa tenha um melhor julgamento próprio nesses assuntos, a possibilidade de a restrição paternalista trazer consequências negativas no caso é maior.

Em sua teoria, Mill supõe que aderir a uma política de não paternalismo estimulará o desenvolvimento das habilidades das pessoas na racionalização de seus fins e dos traços de caráter que melhor lhes permitirão alcançar seus objetivos. Não há uma resposta definida, mas para Arneson (1989, p. 412) ainda assim as pessoas diferem amplamente em suas capacidades de deliberação sobre planos e sua execução hábil.

A combinação do bom efeito de estimular as capacidades de uma pessoa e do mau efeito de deixar as incapacidades presentes se expressarem afetará as perspectivas de bem-estar das pessoas de diferentes maneiras, dependendo de seus níveis e potenciais de autoproteção e outras particularidades da situação.

Desse modo, conforme Bogen e Farrell (1978, p. 328), seguindo a linha de pensamento milliana, mesmo que um governo pudesse conseguir por meio de uma manipulação sutil tudo o que as pessoas pudessem obter por conta própria, ainda assim teríamos uma boa razão para preferir a sociedade livre à coercitiva, pois se todas as outras coisas fossem iguais, a ação livre seria simplesmente mais desejável do que a mesma ação provocada pela coerção e manipulação.

⁴⁷ Any feasible policy must make broad rough classifications. We seek what is in effect a constitutional rule to guide policymaking in the nonideal world.

[...] a liberdade deve ser preferida à coerção com "todas as outras coisas sendo iguais", porque, para mostrar que o valor da liberdade individual está se sobrepondo – e, portanto, que o paternalismo é sempre repreensível em todas as coisas consideradas –, Mill deve demonstrar que o valor da liberdade individual é sempre maior que o valor do que qualquer combinação de outras coisas que são intrinsecamente boas. (BOGEN; FARRELL, 1978, p. 328, tradução nossa).⁴⁸

Uma ressalva deve ser feita sobre o entendimento da liberdade para Mill. Como observa Gan (2015, p. 285), esta liberdade não é abstrata ou possui relação com o querer. Trata-se de uma liberdade civil, isto é, de impor limites entre a intervenção legítima do Estado e a independência do indivíduo. É uma liberdade que aparece na convivência no espaço público. “O assunto [...] não consiste na assim chamada Liberdade do Arbítrio, [...] mas na Liberdade Social ou Civil, ou seja, a natureza e os limites do poder que a sociedade pode legitimamente exercer sobre o indivíduo.” (MILL, 2000, p. 5).

A individualidade, dessa maneira, tem especial relevância quando colocada em contraste com a sociedade, o que explica a busca de Mill em delimitar o poder de ação do Estado, embora ele também alerte sobre a coerção que pode ser exercida pela própria coletividade contra o indivíduo, caracterizada pelo que denomina de “tirania da maioria”.

Assim como outras tiranias, a da maioria foi de início, e ainda hoje vulgarmente o é, sustentada pelo terror, operante principalmente por intermédio dos atos das autoridades públicas. No entanto, pessoas ponderadas notaram que quando a própria sociedade faz as vezes do tirano – a sociedade coletivamente, sobre os indivíduos isolados que a compõem – os meios de tiranizar não se restringem aos atos que possa praticar pelas mãos de seus funcionários políticos. A sociedade pode executar, e executa, seus próprios mandatos; e se expede mandatos equivocados no lugar dos corretos, ou quaisquer mandatos a respeito de coisas nas quais não deveria interferir, pratica uma tirania social mais temível do que muitas espécies de opressão política. (MILL, 2000, p. 10).

Um questionamento a esse liberalismo é feito por Clor (1985, p. 5-6), que reflete até que ponto o cidadão, sob uma perspectiva do senso comum, quer que a sociedade viva segundo esse princípio.

Mesmo porque, de início, não parece haver uma doutrina vinculando a liberdade de qualquer adulto em causar pelo menos três tipos de danos: *(i)* danos a si mesmo; *ii)* danos diretos

⁴⁸ [...] freedom is to be preferred to coercion "all other things being equal", because in order to show that the value of individual liberty is over-riding – and hence that paternalism is always objectionable all things considered – Mill must show that the value of individual liberty is al-ways greater than the value of any conjunction of other things that are intrinsically good.

a outros que se sujeitam voluntariamente; e *(iii)* danos indiretos ou de longo alcance à sociedade em geral. E isso vale especialmente para as democracias liberais, as quais, afirma o autor, jamais conseguiram viver seguindo o princípio de Mill em sua totalidade, embora se comprometam com tal princípio de diversas maneiras.

Há, por exemplo, sanções que são consideradas espécies de desvios do princípio de Mill – classificadas por nossa sociedade como “vícios” –, incluindo leis que restringem a pornografia, a prostituição, a bigamia ou a poligamia, os jogos de azar, o abuso de drogas, a embriaguez pública, os pactos suicidas e o entretenimento violento, como as lutas sem o uso de luvas e outros equipamentos.

Para Clor (1985, p. 6), todas essas atividades podem ser realizadas pelo consentimento de adultos, sem danos diretos e óbvios às outras pessoas que não concordam com elas. O motivo de haver leis específicas contra tais situações é o fato de a sociedade as considerar “corruptoras, degradantes ou brutalizantes”.

O legislador não precisa estar paternalisticamente preocupado com o bem-estar dos indivíduos direta e imediatamente envolvidos em transações degradantes; ele pode estar preocupado, principalmente, com o eventual efeito de tais transações nos valores morais da comunidade. Ele pode concluir que as atividades brutalizantes, a longo prazo, corroerão importantes padrões públicos de civilidade. Em outras palavras, os decretos em questão refletem a crença de que, apesar da doutrina de Mill, a comunidade tem o direito de usar sua lei para proteger seu estilo de vida decente contra certos “efeitos indiretos” que considera significativos. (CLOR, 1985, p. 6, tradução nossa).⁴⁹

A principal questão é se os valores morais seriam suficientes para justificar este paternalismo. Neste aspecto, Crisp (1997, p. 181) traz novamente a importância do princípio do dano de Mill e afirma que o dano a terceiros justifica a intervenção quando é do “interesse geral intervir”.

Para isso, é preciso regras de moralidade consuetudinária bem fundamentadas para se promover o interesse geral, servindo como orientação para esse direito de intervenção. Tais regras, baseadas no utilitarismo, não permitem a intromissão no modo como as pessoas vivem suas próprias vidas, exceto se forem imposições a terceiros.

⁴⁹ The legislator need not be paternalistically concerned with the well-being of the individuals directly and immediately involved in degrading transactions; he might be concerned, primarily, with the eventual effect of such transactions upon community moral values. He might well conclude that brutalizing activities will in the long run erode important public standards of civility. In other words, the enactments in question reflect the belief that, Mill's doctrine notwithstanding, the community is entitled to use its law to protect its decent way of life against certain "indirect effects" which it regards as significant.

“Assim, a conduta prejudicial com a qual a sociedade tem o direito de intervir é aquela conduta que viola as regras da moralidade consuetudinária.” (CRISP, 1997, p. 181, tradução nossa).⁵⁰ O que não será válido para a esfera de autoproteção dos indivíduos, já que aí não se vislumbra nenhuma hipótese visando ao “bem da humanidade”.

Em linhas gerais, Dworkin (1997, p. 68-69) estrutura o argumento antipaternalista de Mill da seguinte maneira: (i) como a repressão é um mal, o ônus da prova recai sobre aqueles que propõem tal restrição; (ii) uma vez que a conduta que está sendo considerada é puramente de autoproteção (*self-regarding*), o apelo normal à proteção dos interesses de terceiros não está disponível; (iii) devemos considerar se as razões que envolvem a referência ao próprio bem, à felicidade, ao bem-estar ou aos interesses do indivíduo são suficientes para superar o ônus da justificativa; (iv) não podemos promover os interesses do indivíduo por coação, ou a tentativa de fazê-lo envolverá males que superam o bem feito; e (v) a promoção dos interesses do próprio indivíduo não fornece uma garantia suficiente para o uso da coação.

Para Dworkin (1997, p. 69-71), a principal questão será a tentativa de se promover os interesses da pessoa de modo a coagi-la, já que pela visão de Mill o indivíduo é o melhor juiz de seus interesses.

Apesar dessa máxima, assim como todo direito, há limitações, as quais foram consideradas pelo próprio Mill, especialmente quando ele trata sobre justiça. Um exemplo está em sua discussão sobre a intervenção do governo em geral, mesmo quando não há intromissão na liberdade, mas sim de alternativas às do mercado:

O fundamento do princípio prático da não-intervenção deve ser, aqui, que a maioria das pessoas adote uma visão inteligente e mais inteligente de seu próprio interesse, e dos meios de promovê-lo, do que pode ser-lhes prescrito por um decreto geral do legislativo, ou apontado no caso particular por um funcionário público. A máxima é inquestionavelmente sólida como regra geral; mas não há dificuldade em perceber algumas exceções muito grandes e conspícuas a ela. Estes podem ser classificados sob várias cabeças. (MILL, 1965, p. 951, tradução nossa).⁵¹

Tais exceções, de acordo com Mill (1965, p. 951), aparecem quando o indivíduo presume ser o melhor juiz de seu próprio interesse, mas pode, na verdade, ser incapaz de julgar

⁵⁰ So the harmful conduct with which society is entitled to interfere is that conduct which violates the rules of customary morality.

⁵¹ The ground of the practical principle of non-interference must here be, that most persons take a juster and more intelligent view of their own interest, and of the means of promoting it, than can either be prescribed to them by a general enactment of the legislature, or pointed out in the particular case by a public functionary. The maxim is unquestionably sound as a general rule; but there is no difficulty in perceiving some very large and conspicuous exceptions to it. These may be classed under several heads.

ou agir por si mesmo, ser um louco, um idiota ou infantil. Embora não seja totalmente incapaz, pode ser imaturo e não ter condições de julgamento. Ou seja, a pessoa mais interessada não é o melhor juiz do assunto, nem competente para isso.

Outra situação é quando o indivíduo tenta decidir de forma irrevogável naquele determinado momento qual será o melhor para seu interesse em um tempo futuro e distante.

Segundo Mill (1965, p. 952), a presunção em favor do julgamento individual é apenas legítima quando o julgamento é fundamentado na experiência pessoal atual e presente; “não quando é formado antes da experiência e não sofreu mudança mesmo após a experiência ter sido negativa” (MILL, 1965, p. 953, tradução nossa).⁵²

Também aparece como uma exceção observada por Mill (1965, p. 956) os casos em que a intervenção pública pode ser necessária para concretizar os desejos das pessoas interessadas. Isso porque, existem circunstâncias em que a prevalência da lei é necessária, não para invalidar o julgamento de indivíduos que respeitam seus próprios interesses, mas para dar efeito a esse juízo, pois precisam da validade e sanção da lei.

O argumento contra a intervenção governamental não pode ser aplicado ainda aos casos voltados a ajudar outras pessoas, em especial carentes, embora exista uma discussão entre deixar que o auxílio venha de forma espontânea da população e, portanto, de maneira incerta e casual, ou por arranjos sistemáticos, nos quais a sociedade age por meio do Estado (MILL, 1965, p. 960). Neste ponto, Mill revela sua preocupação com a justiça social.

Vale esclarecer que o sentido de intervenção do Estado não se confunde com o de interferência estatal, embora os termos sejam comumente usados e traduzidos como sinônimos. No primeiro há um impacto profundo na própria liberdade individual. A intervenção, afirma Carvalho Filho (2012, p. 769), “revela um poder jurídico do Estado, calcado em sua própria soberania. É verdadeiro poder de império (*ius imperii*), a ele devendo sujeição os particulares”. As interferências, enquanto aconselhamento, sugestão, orientação, entre outros, são formas melhor aceitas de como o Estado pode desempenhar seu papel na sociedade.

Como podemos perceber, mesmo no princípio antipaternalista de Mill haverá situações em que a intervenção do Estado se fará necessária para tutelar a vida em sociedade. A principal diferença é que essa “intromissão” será pontual. A regra é permitir que os indivíduos sejam os melhores juízes de seus próprios interesses.

A partir desta premissa, estabelece-se um conflito com a Teoria Geral do Direito, já que para alguns constitucionalistas o Estado detém “o monopólio da coação incondicionada”,

⁵² not where it is formed antecedently to experience, and not suffered to be reversed even after experience has condemned it.

embora, como vimos, exista uma pluralidade de ordens não estatais. Isso significa, segundo Reale (1999, p. 673-674), que se não há a obediência espontânea dos indivíduos perante o Estado, o Poder Público, a serviço do Direito, obriga o cidadão, por meio do uso da força, a praticar certos atos, apreende bens ou priva as pessoas de sua liberdade. “Eis aí a coação de que trata o jurista: é a sanção física, ou melhor, a sanção enquanto se concretiza pelo recurso à força que lhe empresta um órgão, nos limites e de conformidade com os fins do Direito.”

Os argumentos de Mill dão conta desta problemática. É preciso lembrar que o filósofo defende argumento e persuasão ao invés de força e coerção, delimitando o poder de ação do Estado. A autoridade coerciva deve ser invocada somente nas situações que provoquem danos a terceiros – perceptíveis ou que representem riscos de seu acometimento –, desde que não tenham sido consentidos pela parte atingida.

O professor Miguel Reale (1999, p. 680) discorre sobre essa desnecessidade de intervir de forma generalizada: “As normas de Direito tutelam-se reciprocamente, de maneira que há sempre possibilidade de coação, embora possa não haver efetivamente coação em todo e qualquer momento da vida jurídica.”

Nesse sentido, Fuchs (2001, p. 239) diz que, ao mesmo tempo em que o antipaternalismo de Mill nos proíbe de exercer poder sobre um indivíduo para seu próprio bem “contra sua vontade”, ele sugere claramente que podemos – e possivelmente devemos – intervir quando uma ação potencialmente perigosa provavelmente não está de acordo com essa vontade. A questão está nas formas em que se dará essa intervenção. Tanto que, afirma Simões (2016b, p. 72), há uma variedade de métodos possíveis, por isso Mill verifica como necessário e legítimo o emprego de formas precisas de intervenção.

Mill em particular e os liberais em geral jamais colocam em questão o princípio mesmo do paternalismo, contanto que este seja limitado ao conselho, informação e indicação. O que está no centro do debate é a questão de saber se, e quando, outros modos de intervenção mais fortes, poderiam ser justificados. (SIMÕES, 2016b, p. 72).

A respeito dessas forças ou intensidades do paternalismo, Joel Feinberg (1986, p. 12) traz a classificação do que chama de “*hard paternalism*” (paternalismo radical) e “*soft paternalism*” (paternalismo mitigado).⁵³ A distinção entre eles, diz o autor, está ligada ao peso

⁵³ Em seu primeiro artigo sobre o tema, Joel Feinberg fez a mesma distinção entre os tipos de paternalismo usando os termos “*strong*” (forte) e “*weak*” (fraco), terminologia ainda comumente usada e que pode ser substituível por “*hard*” (radical) e “*soft*” (mitigado). Esta última, porém, se tornou mais comum e passou a ser adotada pelo próprio autor.

da voluntariedade da ação de uma pessoa no caso de haver apenas uma parte e da voluntariedade de seu consentimento no caso de duas partes envolvidas.

Para o paternalismo radical (*hard paternalism*), é necessário proteger os adultos capazes, mesmo contra sua vontade, de consequências danosas, ainda que suas escolhas e compromissos sejam totalmente voluntários. Já o paternalismo mitigado sustenta que o Estado tem o direito de prevenir condutas prejudiciais relativas a si mesmo somente quando essa conduta é substancialmente não-voluntária, ou quando a intervenção temporária é necessária para estabelecer se é voluntária ou não (FEINBERG, 1986, p. 12).

Nas palavras de Simões (2016b, p. 73), o paternalismo mitigado ou fraco considera que a autonomia da escolha individual deva prevalecer em toda decisão de intervenção na esfera estritamente individual, aparecendo como valor superior. “Se a autoridade tenta intervir nesta esfera privada, sua intervenção deve ser motivada por consideração indubitável do consentimento imediato do indivíduo concernido.” (SIMÕES, 2016b, p. 73-74).

Caso a pessoa discorde, recupera totalmente sua liberdade, perdendo a autoridade a sua legitimidade. Mill é colocado como um pensador que defende esse tipo de paternalismo.

O paternalismo radical ou forte tem no respeito à autonomia uma das condições que considera na análise de uma possível intervenção. Caso a ação autônoma da pessoa seja avaliada como irracional, a autoridade passa a ter o direito de intervir. É uma ingerência motivada “não pelo consentimento do indivíduo, mas pelo consentimento desse mesmo sujeito se ele estivesse bem informado e perfeitamente racional” (SIMÕES, 2016b, p. 74).

Em síntese, Gray (1996, p. 96-97) estabelece três premissas como padrão do argumento antipaternalista de Mill. A primeira está no fato de que Mill atribui a cada pessoa um forte interesse pela autonomia, caracterizando as qualidades da mente e do caráter da felicidade humana. A segunda reside na presunção da verdade lógica de que a ação não pode ser autônoma se a decisão de agir for feita sob coação. Na terceira, as características da autonomia, como racionalidade, reflexão crítica e força de vontade, são promovidas de forma mais eficaz aplicando-se o princípio da liberdade e encorajando os homens a realizar “experiências de vida”.

O valor supremo de justificação pelo apelo ao qual Mill apoia sua proibição do paternalismo – o interesse vital na atividade autônoma – dita uma forma muito fraca de paternalismo em que a possibilidade de o indivíduo perder irrevogavelmente suas perspectivas de autonomia está em questão. (GRAY, 1996, p. 96-97, tradução nossa).⁵⁴

⁵⁴ The supreme justifying value by appeal to which Mill supports his prohibition of paternalism – the vital interest in autonomous agency – dictates a very weak form of paternalism where the possibility of the individual forfeiting irrevocably his prospects of autonomy is itself in question.

Essa visão trazida por John Gray, embora pareça se distinguir daquela proposta por Dworkin, mostra que ambas são complementares, dando a amplitude do argumento antipaternalista milliano, cujo principal pano de fundo é sua própria defesa da liberdade de expressão.

Segundo Brink (2009, p. 44), Mill considera haver um consenso geral sobre a importância da liberdade de expressão e que, uma vez compreendidos seus fundamentos, é possível explorá-los para apoiar uma defesa mais geral das liberdades individuais.

“Assim, sua defesa das liberdades expressivas é importante não apenas em direito próprio, mas também na medida em que estabelece os fundamentos de seus princípios liberais.” (BRINK, 2009, p. 44, tradução nossa).⁵⁵ Uma defesa que busca sobretudo que a própria sociedade saiba lidar com os conflitos inerentes à prática da liberdade de expressão, sem nenhuma ingerência do Estado, salvo raras exceções.

3.3 O surgimento do Estado social

A partir das reflexões sobre o antipaternalismo, em especial na visão milliana, conseguimos analisar como o Estado poderia deixar de ser visto como um “inimigo natural da liberdade”, já que era considerado como aquele que buscava silenciar o orador (*speaker*) individual e era ele quem deveria ser controlado (FISS, 2005, p. 28), para ser pensado especialmente à proteção e garantia de direitos fundamentais, entre eles a liberdade de expressão, e na formulação e implementação de políticas públicas dirigidas a um fim maior: o bem comum.

De maneira mais ampla, o Estado, diz Fiss (2005, p. 29), poderia ser chamado a promover as liberdades públicas. Se a intervenção era possível para prevenir danos a terceiros, por que não usar o ente estatal a favor da liberdade individual e da igualdade?

Essa nova concepção sobre o papel do Estado começa a ser delimitada ainda no fim do século XIX com a Segunda Revolução Industrial, marcada pela consolidação de novas tecnologias, principalmente a descoberta da eletricidade.

O avanço tecnológico fez com que os meios de produção fossem acessíveis apenas a uma minoria abastada, contribuindo ainda mais para a concentração do processo de produção e aumentando a exploração da massa trabalhadora.

Segundo Sampaio e Cruz (2001, p. 219), grandes conglomerados econômicos e financeiros foram formados, já que a monopolização de alguns ramos industriais permitia uma produção em escalas extraordinárias.

⁵⁵ So his defense of expressive liberties is important not only in its own right but also insofar as it lays the foundation of his liberal principles.

De outro lado, “o exército industrial de reserva se acumula na periferia dos grandes centros urbanos”, na expressão de Marx. Jornadas de trabalho variando de 16 a 18 horas por dia, velhos, crianças e mulheres em rodízio nos postos de trabalho, remunerações indignas levando milhões a faixa da miséria, repressão policial contra toda e qualquer organização de protestos, acidentes de trabalho encurtando a vida útil de milhares, nada de descanso semanal remunerado e muito menos férias. Um quadro digno de Dante Alighieri criado por uma sociedade e por um Estado moldado pelo paradigma liberal. (SAMPAIO; CRUZ, 2001, p. 219).

De acordo com Ferreira Filho (2001, p. 285), ao mesmo tempo em que a produção crescia velozmente, beneficiando os capitalistas, “a miséria e a exploração colhiam os que, juridicamente livres e iguais em direitos aos donos das máquinas, deviam alugar-se aos mesmos para ter o pão de que viver”.

As condições de vida, na descrição de Hunt e Sherman (2001, p. 74), eram terríveis. O resultado da violenta destruição do modo de vida tradicional dos trabalhadores e a dura disciplina implantada sob o novo sistema fabril foi o surgimento de uma inquietação política, econômica e social.

Os movimentos sociais passaram a se proliferar por todo o mundo. Socialistas científicos, utópicos, Igreja Católica, anarquistas, entre outros, reagiram diante de uma sociedade em que poucos se beneficiavam do sacrifício advindo da geração setecentista. A ideia de um Estado não intervencionista foi abrindo espaço para a concepção de um aparato estatal que vislumbrava uma nova realidade social (SAMPAIO; CRUZ, 2001, p. 219).

Neste contexto, a ideia de um Estado social, na lição de Herrera (2010, p. 15), foi ganhando força, especialmente por conta da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e do modelo instaurado pela Revolução Russa de 1917, que representava uma ameaça aos detentores do poder.⁵⁶

Segundo Herrera (2010, p. 15), ocorreu uma radicalização dos setores sociais dominados em um Estado de exceção dado pela Grande Guerra e pela revolução, que acreditavam encontrar nos Conselhos – *soviets* – uma forma institucional nova e concreta.

Na lição de Marramao (1990, p. 25-26; 162-166), o ingresso das massas operárias no sistema político era um elemento novo, que potencializou, ao invés de uma ruptura revolu-

⁵⁶ Após a queda do czar, enquanto os partidos políticos aliados, formados por partidos burgueses e partidos ligados ao movimento operário, reestruturavam o Estado, o povo tinha se organizado em soviets (conselhos) de deputados operários, camponeses e soldados. Instalava-se na Rússia a dualidade de poderes, em que se chocavam burguesia e operariado. (KOSHIBA, Luiz; PEREIRA, Denise Manzi Frayze. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: Atual, 1993, p. 252-253).

cionária, as capacidades de adaptação e modernização do sistema político institucional. O objetivo do movimento operário era conquistar o controle democrático da economia por meio do Estado. “A transição para o socialismo passa a ser considerada como um projeto político consciente, que seria realizada por meio do Estado Democrático, objeto da luta entre a classe capitalista e a classe operária.”

Essa transição coincidiria com a progressiva libertação do Estado das condicionantes socioeconômicas do capitalismo privado monopolista. O Estado, conforme o filósofo italiano, passaria a ser a “alavanca do socialismo”, “um instrumento potencial da transformação socialista e o fiador do processo de transição, sendo a democracia a forma política própria desta fase de transição para o socialismo” (MARRAMAIO, 1990, p. 25-26; 162-166).

Na virada para o século XX, surge o Estado do Bem-Estar Social, que preserva o capitalismo e nada tem a ver com um Estado socialista. Prelecione Bonavides (1972, p. 205) que o Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal, mas a conservação de sua adesão à ordem capitalista o distingue, desde as bases, do Estado proletário que o socialismo busca implantar.

De acordo com Bonavides (1972, p. 228), o Estado social caracteriza-se como um Estado intervencionista, que requer a presença ativa do poder político nas esferas sociais, “onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios a sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas”.

Com o Estado do Bem-Estar Social aparece, nas palavras de Sarmiento (2004, p. 33), a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, “que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação etc.)”.

Segundo Comparato (2008, p. 54), trata-se da plena afirmação de novos direitos humanos. Para Binembojm (2008, p. 63), o constitucionalismo contemporâneo, portanto, edifica-se a partir do advento do Estado social, cujo marco inicial são as Constituições do México e de Weimar. Nelas, as leis fundamentais mesclam-se em novas áreas, não apenas instituindo direitos de caráter prestacional, que exigem atuações positivas dos poderes públicos, como também disciplinando assuntos sobre os quais elas antes silenciavam, como ordem econômica, relações familiares, cultura etc. As constituições deixam de ser vistas apenas como leis básicas do Estado, convertendo-se em estatuto fundamental do Estado e da sociedade.

A consequência foi a constituição do chamado *Welfare State* nos anos 20 e 30, uma das principais marcas de um Estado paternalista.

De acordo com Regonini (1998, p. 417), tanto na Primeira Guerra Mundial, como na Segunda, foi possível experimentar a maciça intervenção do Estado, em especial na produção – indústria bélica – e na distribuição de gêneros alimentícios e sanitários.

Com a crise de 1929, as tensões sociais criadas pela inflação e pelo desemprego provocaram uma alta considerável das despesas públicas para a manutenção do emprego e das condições de vida dos trabalhadores. As condições institucionais em que atuavam tais políticas, entretanto, eram radicalmente diversas. Nos países nazifascistas, a proteção ao trabalho foi exercida por um regime totalitário, com estruturas de tipo corporativo; nos EUA do *New Deal*, a realização das políticas assistenciais ocorreu dentro das instituições políticas liberal-democráticas, “mediante o fortalecimento do sindicato industrial, a orientação da despesa pública à manutenção do emprego e à criação de estruturas administrativas especializadas na gestão dos serviços sociais e do auxílio econômico aos necessitados”.

Tais formulações inaugurais do *Welfare State*, entre a Grande Guerra e a crise de 1929, porém, não alcançaram as mudanças que almejavam, tanto no aspecto econômico, como no jurídico e político.

Conforme Bento (2003, p. 5), o Estado social conservador não conseguiu superar a crise do capitalismo, dar sustentabilidade às instituições democráticas ou evitar a emergência de regimes totalitários, que se aproveitaram de sua fragilidade para desmontá-lo. “Pelo contrário, acarretou a perda da juridicidade das Constituições, tornadas, pela natureza programática de suas disposições, mais um documento político, uma carta de intenções, do que um diploma jurídico.”

A efetiva transformação do Estado, passando a assumir a prestação de direitos fundamentais sociais garantidores da dignidade da pessoa humana, iria ressurgir somente no pós-Segunda Guerra, marcando a fase de expansão do *Welfare State*, em que há um consenso político em torno das políticas keynesianas de intervenção econômica e social.

No pós-Segunda Guerra Mundial, a necessidade de reestruturação das economias europeias, por um lado, e de fazer frente à assustadora expansão do socialismo soviético, por outro, resultou no Plano Marshall, o qual possibilitou que a economia mundial experimentasse um expressivo e ininterrupto crescimento econômico durante praticamente três décadas, combinado com um mais que proporcional aumento de qualidade de vida, de bem-estar e de pleno emprego. (BENTO, 2003, p. 15).

Nessa nova concepção, caberia ainda ao Estado se transformar em um instrumento da justiça da sociedade, intervindo como representante dos interesses coletivos “para conter e

reprimir os interesses individuais privados e manter o equilíbrio entre os diversos fatores da produção e, portanto, uma melhor repartição das riquezas, base do bem-estar social.” (SÜSSEKIND et. al., 2002, p. 39).

A despeito dessa nova fase, o Estado assistencialista começou a se enfraquecer no final da década de 60. Para Bonavides (2013, p. 381), isso se deu “em razão de abalos ideológicos e pressões não menos graves de interesses contraditórios ou hostis, conducentes a enfraquecer a eficácia e a juridicidade dos direitos sociais na esfera objetiva das concretizações”. Até por isso, o autor considera que o Estado social permanece, na maior parte de seus postulados constitucionais, uma simples utopia. Mesmo assim, a transição do liberal ao social contribuiu para chegarmos ao Estado que hoje conhecemos. E muito tem a ver em tornar harmônico individualidade e coletividade.

3.4 A busca do equilíbrio: o Estado Democrático de Direito

O equilíbrio da equação individualidade x coletividade, para Dworkin (1997, p. 82), que inicialmente defende um paternalismo radical ou forte, é a adoção de um “princípio de alternativa menos restritiva”. Ou seja, se houver uma forma de atingir determinados objetivos sem restringir a liberdade, a sociedade deve adotá-la, mesmo que envolva mais gastos ou inconveniências. De todo o modo, o ônus de provar os resultados prejudiciais ou benéficos da intervenção estatal deve ser das próprias autoridades.

Conforme Simões (2016b, p. 85), é preciso considerar que a aceitação total do paternalismo do Estado levaria a intromissões na liberdade individual que não seriam toleráveis. Por outro lado, rejeitar totalmente o paternalismo resultaria em se negar uma parte fundamental da legislação que normalmente é útil e aceitável, não apenas para a pessoa, mas para toda a sociedade.

Um questionamento que precisamos fazer é se a intervenção, que marca o paternalismo de forma contundente, caracterizada como um paternalismo radical ou forte, ocorre de forma imposta ou com a concordância do povo.

De acordo com Canotilho (2003, p. 93), o fato de se tentar estruturar um Estado com qualidades fazem dele um Estado constitucional, embora seja preciso consignar que, para um Estado ser considerado constitucional, deverá se constituir em Estado de Direito democrático. Sem estas qualidades, perde-se a conexão interna entre democracia e Estado de Direito.

Na visão de Callejón (2008, p. 108), houve uma democratização no direito constitucional no fim do século XIX na medida em que sugere a incorporação ao processo político de

novos grupos sociais até então marginalizados, que promovem uma progressiva intervenção do Estado na sociedade. Como consequência temos, de acordo com Ferraz Junior (1989, p. 54), a formação do Estado Democrático de Direito como uma junção do Estado liberal com o Estado social.

Assim, o que irá diferenciar o modo de intervenção depende sobremaneira do regime de governo em que os cidadãos estão inseridos. E nessa esteira, somente o contexto democrático moderno e sua influência marcante nos Estados de Direito serão capazes de proporcionar condições para o desenvolvimento das liberdades, o que inclui a liberdade de expressão.

Em sua concepção mais clássica, a democracia, segundo Bobbio (2000, p. 135), designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo. Ou, na conhecida formulação de Lincoln quanto à sua essência, “o governo do povo, pelo povo e para o povo”. Síntese essa, conforme Canotilho (2003, p. 287), considerada a mais “lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático”.

Vale pontuar que democracia não se confunde com República. De acordo com Cardoso (2004, p. 45-46), República significa “o que pertence ao povo”, “o que se refere ao domínio público”, “o que é de interesse coletivo ou comum aos cidadãos”. O termo vai além da existência de uma esfera de bens comuns a um certo conjunto de homens. Abrange, também, a constituição mesma de um povo, suas instituições, regras de convivência e agências de administração e governo, remetendo à ideia de “governo de leis” (e não de homens), “império da lei” e “estado de direito”. Em outras palavras, aqueles que mandam também obedecem, “mesmo nos casos em que a forma de governo não seja democrática e em que apenas alguns, ou mesmo um só, ocupam as posições de mando e postos de governo”.

Enquanto, pois, a democracia *parte* da suposição imediata da liberdade de todos – garantida pela igualdade política –, como condição suficiente da produção das leis, a república [...] *chega* à posição da liberdade de todos como constituída pelas leis, mobilizando a abstração lógica (ou definicional, no caso antigo) da criação da ordem civil apenas para garantir às convenções gerais, historicamente determinadas, a *forma* de leis, seu estatuto jurídico. (CARDOSO, 2004, p. 58).

A democracia pode ser analisada nas suas diversas interpretações e realizações históricas, como as diferenças entre democracia dos antigos e dos modernos; representativa e direta; política e social e formal e consubstancial.

Neste momento do estudo, não nos ateremos a todos esses detalhamentos, mas sim a uma definição mínima de democracia e à sua configuração moderna para situarmos o relevo

das garantias constitucionais que serão analisadas à sua consolidação, em especial a liberdade de expressão.

Segundo Silva (2008, p. 125-126), democracia é conceito histórico. Não é, por si, um valor-fim, “mas meio e instrumento da realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem”. Nela reside ainda o regime político em que o poder repousa na vontade do povo. “A democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.”

Entre seus princípios essenciais, assinala Garcia (1997, p. 43), estão a garantia de certos direitos fundamentais do homem; a valorização do indivíduo e da personalidade humana integrada e o compromisso entre ideias opostas, para uma solução pacífica.

A democracia, de acordo com Bobbio (2006, p. 30), pode ser entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, sendo caracterizada por um conjunto de regras – primárias ou fundamentais – que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.

No plano da ideia, afirma Kelsen (1993, p. 35-37) que a democracia é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou a ordem social, é realizada por aqueles que estão submetidos a essa ordem, isto é, o povo. Significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo, entendido aqui como uma pluralidade de indivíduos que forma uma unidade – resultado da submissão de todos os seus membros à mesma ordem jurídica estatal constituída – e, portanto, sujeito do poder na medida em que os homens participam da criação da ordem estatal.

Para que essas resoluções possam ser aceitas como decisão coletiva, preleciona Bobbio (2006, p. 31-32) que é preciso que seja baseada em regras que estabeleçam quem está autorizado a tomar decisões vinculatórias a todos os membros do grupo, sob quais procedimentos. “Um regime democrático caracteriza-se por atribuir esse poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de membros do grupo.”

Na democracia, prossegue o autor, a regra fundamental quanto às modalidades de decisão será a da maioria. Entretanto, é preciso ainda que os indivíduos chamados a deliberar ou a eleger os que deverão decidir tenham alternativas reais e sejam colocados em condições de escolher entre um ou outro. E, para que se perfaça essa condição, é preciso que aos chamados a decidir sejam garantidos os direitos da liberdade, como de opinião, de expressão, de reunião e de associação.

Como se vê, a democracia, leciona Carvalho (2008, p. 200-202), exige um Estado Democrático de Direito responsável por sustentar as normas legais que correspondem à existência e à permanência do regime democrático e à validade do sistema democrático, ou seja, à possibilidade de que ele ordene as relações sociais, tendo reconhecida a sua utilidade por todos os que são afetados por ela. Vale reforçar ainda que a democracia expressa valores, que são a maioria, a igualdade e a liberdade. Estes são valores distintos, mas é necessário que caminhem juntos, já que não se conhece democracia sem liberdade e igualdade.

De fato, os dois últimos, afirma Bobbio (1997, p. 8), servem de fundamento à democracia. Tanto que entre as inúmeras definições de democracia está o conceito de que ela é uma sociedade regulada de tal forma que os indivíduos que a compõem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência. “A maior ou menor democraticidade de um regime se mede precisamente pela maior ou menor liberdade de que desfrutam os cidadãos e pela maior ou menor igualdade que existe entre eles.” Mas o que vêm a ser liberdade e igualdade não se confundem.

Conforme Bobbio (1997, p. 12-13), enquanto a liberdade é uma qualidade ou propriedade da pessoa, a igualdade é um tipo de relação formal, a qual pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos. Em outros termos, a liberdade é em geral um valor para o homem como indivíduo e a igualdade um valor para o homem como ser genérico, ou seja, “como um ente pertencente a uma determinada classe, que é precisamente a humanidade”.

Segundo Silva (2008, p. 136), a forma pela qual o povo participa do poder dá origem a três tipos de democracia: *direta*, *indireta* ou *representativa e semidireta*.

A democracia *direta* é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando. Nas palavras de Aubert (2001, p. 202), é um “suplemento de democracia”, que oferece aos eleitores a possibilidade de estimularem os eleitos pelo exercício do direito de iniciativa ou de controlar seus atos por referendo. Mas, como ensina Bobbio (2006, p. 54), se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é “insensata”, já que é algo “materialmente impossível”.

Democracia *indireta*, também chamada de *representativa*, é aquela, diz Silva (2008, p. 136), em que o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente por causa da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente.

Por último, continua o jurista, democracia *semidireta* é a democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, os quais integram a democracia *participativa*.

Assim, a democracia, observa Silva (2008, p. 131), repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão essa essência conceitual: **a)** o da *soberania popular*, na qual “o povo é a única fonte de poder”, que se exprime pela regra de que “todo o poder emana do povo”; **b)** a *participação, direta ou indireta, do povo no poder*, para que este seja “efetiva expressão da vontade popular”. Quando a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da *representação*.

Sob esse aspecto, a democracia moderna, que nasce como democracia representativa, deve ser caracterizada, leciona Bobbio (2006, p. 36), pela representação política, ou seja, por uma forma de representação “na qual o representante, sendo chamado a perseguir os interesses da nação, não pode estar sujeito a um mandato vinculado”, que persiga os interesses particulares do representado. Um regime se diz representativo, segundo Garcia (1997, p. 45), quando os governantes ou parte deles exercem sua competência, não em virtude de um direito próprio, mas em razão de sua qualidade de representantes, geralmente obtida por meio de eleição e por certo prazo. “A essência da ‘representação’ consiste, pois, na distinção entre o *titular* do poder político (o povo), e os seus *representantes*, que desse poder têm apenas o exercício, geralmente durante certo tempo.”

Conforme a definição de Dallari (2016, p. 156), na forma representativa de democracia ocorre um mandato a determinados cidadãos, “para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando”. Kelsen (1993, p. 141-142) verifica aí uma problemática. O povo, enquanto massa de indivíduos de distintos níveis econômicos e culturais, não possui uma vontade uniforme, já que apenas o indivíduo tem uma vontade real. A chamada “vontade do povo”, por conseguinte, é uma figura retórica e não uma realidade. No entanto, a forma de governo, definida como “governo do povo”, não presume uma vontade do povo voltada para a realização daquilo que, segundo a opinião dele, constitui o bem comum. “O termo designa um governo no qual o povo participa direta ou indiretamente, ou seja, um governo exercido pelas decisões majoritárias de uma assembleia popular, ou por um corpo de indivíduos, ou até mesmo por um único indivíduo eleito pelo povo.”

Dessa forma, aqueles eleitos pelo povo são chamados de seus representantes, numa relação constituída por eleição, entre o eleitorado e os eleitos. Por eleições democráticas entendem-se aquelas que se fundamentam no sufrágio universal, igualitário, livre e secreto. Será

conforme o grau de satisfação desses requisitos, especialmente da universalidade do sufrágio, que o princípio democrático pode se concretizar em diferentes graus.

Portanto, a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia. Se esta participação se dá por via direta ou indireta, isto é, se existe uma democracia direta ou representativa, trata-se, em ambos os casos, de um *processo*, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente chamado democracia. (KELSEN, 1993, p. 142).

Na democracia representativa, afirma Silva (2008, p. 130-131), utiliza-se a técnica da maioria para a designação dos agentes governamentais. E é por meio da chamada representação proporcional que se amplia a participação do povo, por seus representantes, no poder – embora ela acabe correspondendo a uma minoria dominante, já que o sistema eleitoral opõe grandes obstáculos à parcela considerável da população ao direito de voto. “Daí decorre que a legislação nem sempre reflete aquilo a que a maioria do povo aspira, mas, ao contrário, [...] busca sustentar os interesses da classe que domina o poder e que, às vezes, está em contraste com os interesses gerais da Nação.”

Outra problemática, apontada por Chauí (2000, p. 86), fica para o que denomina de “sagração do governante”, ligada à forma como se realiza a prática da representação política no Brasil. Ela compara a situação com a monarquia, em que o rei representa Deus e não os governados e os que recebem o favor régio representam o rei e não os súditos. De igual modo, na política brasileira, diz a autora, os representantes, embora eleitos, “não são percebidos pelos representados como seus representantes e sim como representantes do Estado em face do povo, o qual se dirige aos representantes para solicitar favores ou obter privilégios”. E isso ocorre porque não há, de fato, realização da prática democrática da representação, existindo uma relação de favor, clientela e tutela entre o representante e a população.

A própria sociedade também pode ser autoritária. Para Chauí (2000, p. 90-91), é comum supormos que o autoritarismo é um fenômeno político que afeta o Estado, não percebendo que a sociedade brasileira, no caso, é autoritária e dela provêm “as diversas manifestações do autoritarismo político”. Entre os traços marcantes dessa condição está o bloqueio, pela classe dominante brasileira, da esfera pública das ações sociais e da opinião como expressão dos interesses e dos direitos de grupos e classes sociais diferenciados e/ou antagônicos.

Esse bloqueio não é um vazio ou uma ausência, isto é, uma ignorância quanto ao funcionamento republicano e democrático, e sim um conjunto positivo de ações determinadas que traduzem uma maneira também determinada de lidar com a esfera da opinião: de um lado, os *mass media* monopolizam a informação, e, de outro, o discurso do poder define o consenso como unanimidade, de sorte que a discordância é posta como perigo, atraso ou obstinação vazia; (CHAUÍ, 2000, p. 92).

As situações trazidas por Hans Kelsen, José Afonso da Silva e Marilena Chauí reforçam a relevância da liberdade de expressão e podem muito bem configurar a “tirania da maioria” apontada por Mill como um dos problemas mais importantes da democracia. Por isso, o filósofo defende uma “melhor competência para a representação política”, que pode ser entendida, conforme Simões (2016a, p. 75), como uma exigência e necessidade de participação do público nas decisões coletivas. Isso evitaria que uma pessoa “alegradamente sábia ou um pequeno grupo de indivíduos possam governar”. Mill não sacrifica a individualidade dos cidadãos e sustenta que a introdução de reformas políticas pode transformar indivíduos em cidadãos ativos (SIMÕES, 2016a, p. 76).

[...] a concepção política da democracia de Mill não identifica, entre outras coisas, a noção de participação e bem comum com os interesses do burguês ou do capitalista. [...] Sua democracia liberal consegue dar o devido suporte às demandas da classe trabalhadora e evita que uma classe política possa estar imune às disputadas de classe presentes no interior da sociedade. (SIMÕES, 2016a, p. 77).

O modelo de ágora de Mill exige representação proporcional porque pressupõe a democracia como um sistema cujo processo político deve ser julgado do ponto de vista de todas as pessoas, que fazem parte da maioria e das minorias, pressupondo que uma decisão final é tomada após um debate cujos participantes representam o “todo” de “todas as opiniões que existem nos distritos eleitorais” e “obtem sua cota de vozes” (URBINATI, 2002, p. 80). Algo que pode e deve ser exercido garantindo-se e promovendo a liberdade de expressão.

Para que a democracia tenha bases sociais sólidas é necessário, afirma Touraine (1996, p. 76), que haja uma forte agregação das demandas provenientes de indivíduos e setores bem distintos da vida social, estabelecendo uma correspondência entre demandas sociais e ofertas públicas, ou melhor, entre categorias sociais e partidos políticos.

Se os partidos políticos são coalizões de grupos de interesses, vai acontecer de alguns deles – embora sendo minoritários – serão capazes de fazer inclinar a balança de um lado ou do outro e, portanto, adquirir uma influência sem relação com sua importância objetiva. (TOURAINÉ, 1996, p. 76-77).

As decisões, na realidade, devem visar, verifica Ferraz (1994, p. 57), não ao que a multidão deseja, mas às necessidades do cidadão, no exercício da cidadania, concretizada na relação do bem comum. O governo democrático tem como atribuição dar aos cidadãos “orientação, unificação, coordenação e fomento dos esforços”, já que o indivíduo, sozinho, é incapaz de realizar seu objetivo de viver condignamente.

Por isso, diz Garcia (1997, p. 69), a ideia de democracia como participação do povo soberano no exercício do poder exige o reconhecimento e asseguramento, ao próprio povo, de instrumentos de controle e fiscalização dos Poderes do Estado, em especial sobre seus mandatários eleitos para esse fim. Afinal, observa Touraine (1996, p. 93) que a democracia se apoia na responsabilidade dos cidadãos de um país. “A força principal da democracia reside na vontade dos cidadãos de agirem, de maneira responsável, na vida pública.” (TOURAINÉ, 1996, p. 103).

Segundo Canotilho (2003, p. 288), o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa, ou seja, órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário e separação de poderes. Também implica em democracia participativa, isto é, “a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos”.

Desse modo, afirma Silva (2008, p. 141-142) que o sistema de partidos, com o sufrágio universal e a representação proporcional, traz um sentido mais concreto à democracia representativa, despontando mais claramente a “ideia de participação”, não a individualista e isolada do eleitor durante a eleição, mas a coletiva organizada. “Mas será ainda participação representativa, que se assenta no princípio eleitoral. O *princípio participativo* caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo.” Como exemplo, estão a iniciativa popular, o referendo popular, o plebiscito e a ação popular.

Outro aspecto lembrado por Canotilho (2003, p. 224-225) é o fato de a República, enquanto uma ordem de domínio de pessoas sobre pessoas, ser um domínio sujeito à “deliberação política” de cidadãos livres e iguais, o que associa a forma republicana de governo à ideia de “democracia deliberativa”.

Nesta ordem política, os cidadãos se comprometem a resolver coletivamente os problemas colocados pelas suas escolhas coletivas por meio da discussão pública e a aceitar como legítima as instituições políticas de base na medida em que estas constituem o quadro de uma deliberação pública tomada com toda a liberdade. Assim, Canotilho (2003, p. 289) considera a democracia como um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e ativa, “oferecendo

aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social”.

Para satisfazer as exigências da democracia, Dahl (2001, p. 62) aponta ser necessário que os direitos nela inerentes sejam realmente cumpridos e esteja, na prática, à disposição dos cidadãos. Caso contrário, o sistema político não é democrático, mesmo que o digam seus governantes. As “aparências externas” de democracia serão apenas “fachada para um governo não-democrático”.

Dessa forma, a democracia, de acordo com Touraine (1996, p. 24-29), não é apenas um conjunto de garantias institucionais, isto é, uma liberdade negativa, ou o reino da maioria, mas o respeito pelos projetos individuais e coletivos, que combinam a afirmação de uma liberdade pessoal com o direito de identificação com uma coletividade social, nacional ou religiosa particular.

“É a luta de sujeitos, impregnados de sua cultura e liberdade, contra a lógica dominadora dos sistemas.” Em outras palavras, continua o autor, o regime democrático é a forma de vida política que dá a maior liberdade ao maior número de pessoas, que protege e reconhece a maior diversidade possível. Na democracia, o ser humano não é reduzido a ser apenas um cidadão; ele é reconhecido como um indivíduo livre, que faz parte de coletividades econômicas ou culturais.

A democracia é o regime em que a maioria reconhece os direitos das minorias porque aceita que a maioria de hoje venha a se tornar minoria no dia de amanhã e ficar submetida a uma lei que representará interesses diferentes dos seus, mas não lhe recusará o exercício de seus direitos fundamentais. O espírito democrático apoia-se nessa consciência da interdependência da unidade com a diversidade e alimenta-se em um debate permanente sobre a fronteira, constantemente móvel, que separa uma da outra e sobre os melhores meios de reforçar a associação entre ambas. (TOURAINÉ, 1996, p. 29).

Logo, a democracia é analisada por Silva (2008, p. 132) como o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem. Ela aponta para a realização dos direitos políticos, que por sua vez apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, os quais garantem a realização dos direitos individuais, tendo a liberdade como sua expressão mais importante.

Ao se falar em liberdade, Bobbio (1997, p. 48-9) frisa que devem ser levados em consideração dois aspectos, o da liberdade negativa e o da liberdade positiva.

Pela primeira entende-se a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos. Costuma também ser chamada de *liberdade como ausência de impedimento ou de constrangimento*.

Outra terminologia que tem predominado para se chamar a liberdade negativa é a *liberdade em face de* (do inglês *liberty from*), que se distingue da *liberdade de* (ou *para*) – do inglês *liberty to*. Essa última inclui todas as situações designadas com expressões como liberdade de opinião, de iniciativa econômica, de reunião, de associação, de voto etc.

Tais fatos expressam ainda a distinção entre aspecto negativo e aspecto positivo da liberdade, os quais não devem ser confundidos com a diferenciação entre liberdade negativa e liberdade positiva.

A liberdade positiva, na concepção de Bobbio (1997, p. 51), é a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outros. É denominada ainda de *autodeterminação* ou *autonomia*.

Todos estes fatores levam Touraine (1996, p. 43) a enfatizar três importantes dimensões da democracia, que se completam e cuja interdependência constitui a própria democracia: o respeito pelos direitos fundamentais, a cidadania e a representatividade dos dirigentes. E como a sociedade civil é feita de uma pluralidade de atores sociais, a democracia só pode ser representativa se for pluralista.

Nesse sentido, de acordo com Silva (2008, p. 145-146), a doutrina do pluralismo se realiza como princípio da democracia de poder aberto, estabelecendo o vínculo entre a liberdade e a multiplicidade dos meios de vida, “não apenas como uma nova maneira de afirmar a liberdade de opinião ou de crença, mas como um sistema que enraíza essa liberdade na estrutura social”.

Isso sem se esquecer, conforme Touraine (1996, p. 56), de que na ideia democrática, o princípio mais importante é o da limitação do Estado, que deve respeitar os direitos humanos fundamentais. Temos aí uma clara limitação a um paternalismo exercido de forma absoluta e sem critérios, o que sem dúvidas levaria a um sistema tirânico.

O desenvolvimento da democracia, segundo Bobbio (1994, p. 44), tornou-se o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade, o que faz democráticos, atualmente, apenas os Estados nascidos das revoluções liberais. E somente os Estados democráticos protegem os direitos humanos, já que “todos os Estados autoritários do mundo são ao mesmo tempo antiliberais e antidemocráticos”.

3.5 Democracia e liberdade de expressão

Ao considerarmos a democracia como um sistema político por meio do qual a ordem social é criada e aplicada por aqueles que estão sujeitos a ela, assegurando a liberdade política, afirma Kelsen (1993, p. 144) que ela estará a serviço desse ideal de liberdade política. Se acrescentarmos que certas liberdades intelectuais devem ser garantidas, como a liberdade de expressão, a liberdade de consciência e a liberdade de imprensa, então a democracia também estará a serviço desse ideal de liberdade intelectual.

Se, em um caso concreto, a ordem social não for criada de um modo que corresponda a essa definição ou não contenha as garantias de liberdade, não é porque a democracia não está a serviços dos ideais. Os ideais não são atendidos porque a democracia foi abandonada. (KELSEN, 1993, p. 144).

A democracia, ao se consolidar, estabelece, conforme Linz e Stepan (1999, p. 25-26), cinco campos em interação. Primeiro, o desenvolvimento de uma sociedade civil livre e ativa, compreendida aqui como o campo da comunidade política na qual grupos, movimentos e indivíduos, auto-organizados e relativamente independentes do Estado, tentam articular valores, criar associações e entidades de auxílio mútuo e defender seus interesses. Em segundo lugar, deve existir uma sociedade política relativamente autônoma e valorizada. Terceiro, o Estado deve ser de Direito para assegurar as garantias relativas às liberdades dos cidadãos. O quarto aspecto é que haja uma burocracia estatal a ser usada pelo novo governo democrático e, por último, é preciso haver uma sociedade econômica institucionalizada.

Na lição de Habermas (1997, p. 310), o processo democrático carrega também o fardo da legitimação, pois precisa assegurar simultaneamente a autonomia privada e a autonomia pública dos sujeitos de direito. Para que se formulem adequadamente os direitos privados subjetivos, ou para impô-los politicamente, são necessárias discussões públicas para o esclarecimento dos pontos de vista. Isso se faz mobilizando o poder comunicativo. Consequentemente, os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação.

Para que o processo democrático de estabelecimento do direito tenha êxito, é necessário que os cidadãos utilizem seus direitos de comunicação e de participação num sentido orientado *também* para o bem comum, o qual pode ser proposto politicamente, porém não imposto juridicamente. [...] Os direitos políticos das pessoas [...] só conseguem abrir as fontes de legitimação para a formação discursiva da opinião e da vontade, se os cidadãos utilizarem suas liberdades comunicativas. (HABERMAS, 1997, p. 323).

Pelo pensamento de Habermas é possível notar a relevância do procedimento comunicacional como fonte de legitimação e, por conseguinte, do processo democrático.

A liberdade de expressão e a presença de fontes de informação diversificadas também são consideradas por Dahl (2001, p. 98-100) como instituições necessárias para atingir os objetivos democráticos num grau razoável e em grande escala, ao lado da existência de funcionários eleitos, eleições livres, justas e frequentes, autonomia para as associações e cidadania inclusiva.

De acordo com o autor, com a liberdade de expressão os cidadãos têm o direito de se expressar sem o risco de sérias punições em questões políticas amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, ao governo, ao regime, à ordem socioeconômica e à ideologia prevalecente. “A liberdade de expressão é um requisito para que os cidadãos realmente participem da vida política. [...] A livre expressão não significa apenas ter o direito de ser ouvido, mas ter também o direito de ouvir o que os outros têm para dizer.” (DAHL, 2001, p. 110).

Com a liberdade de expressão, prossegue o professor, adquire-se uma compreensão esclarecida de possíveis atos e políticas do governo. E para ter essa competência cívica, os cidadãos precisam de oportunidades para “expressar seus pontos de vista, aprender uns com os outros, discutir e deliberar, ler, escutar e questionar especialistas, candidatos políticos e pessoas em cujas opiniões confiem”.

Por fim, sem a liberdade de expressão, os cidadãos logo perderiam sua capacidade de influenciar *o programa de planejamento* das decisões do governo. Cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para um governante autoritário, mas seriam desastrosos para uma democracia. (DAHL, 2001, p. 110).

Aliado a isso está a presença de fontes de informação diversificadas. Os cidadãos têm o direito de buscá-las, independentes de outros cidadãos, especialistas, jornais, revistas, livros, telecomunicações e afins.

Essa situação está diretamente ligada, cita Dahl (2001, p. 111), à necessidade de compreensão esclarecida.

De outro modo, como os cidadãos poderiam adquirir a informação de que precisam para entender as questões se o governo controlasse todas as fontes importantes de informação? Também estaria comprometida a sua participação efetiva e a influência no planejamento público caso toda a informação colocada à sua disposição fosse proporcionada por uma única fonte.

Nessa mesma linha, Touraine (1996, p. 206) analisa que a democracia ficaria privada de voz caso a mídia, ao invés de fazer parte da multidão, ou seja, do espaço público, a abandonasse para se tornar, antes de tudo, empresa econômica cuja política é comandada pelo dinheiro ou pela defesa dos interesses do Estado. “A cultura democrática não pode existir sem uma reconstrução do espaço público e sem um retorno ao debate político.” (TOURAINÉ, 1996, p. 208).

Tais motivos enfocados tanto por Robert Dahl, como por Alain Touraine, fez com que Katz (2001, p. 325-6), inspirado nas leituras do jurista e psicossociólogo francês Gabriel de Tarde, avaliasse que os meios de comunicação de massa podem servir às instituições de uma democracia participativa, desempenhando um papel construtivo como sustentáculo da democracia – o que é caracterizado como teoria “liberal” ou “funcional” –, mas podem também abalá-la, exercendo um poder destruidor, chamado de teoria “tecnológica”.

Pela teoria liberal ou funcional, os meios de comunicação, diz Katz (2001, p. 334), são ativos numa democracia participativa. Eles asseguram a troca entre os governantes e os governados, estabelecem a ordem do dia dos temas que alimentarão as conversas nas mesas de café, estimulam o debate político e assim geram a opinião pública.

Através desse mecanismo, os meios de informação influenciam e controlam as instituições em nome dos cidadãos. Este raciocínio implica que a democracia participativa requer uma implicação ativa desses cidadãos, e não apenas um povo informado, assim como meios de comunicação para difundir a opinião horizontalmente entre os cidadãos, e verticalmente, dos cidadãos até o Estado. (KATZ, 2001, p. 334).

A teoria tecnológica, por sua vez, mostra como a evolução tecnológica dos meios de comunicação clássicos – imprensa, rádio, televisão – fortaleceu o sentimento de consciência nacional, ao mesmo tempo em que podem desestabilizar as instituições da democracia participativa a quem serviam. Como exemplo, citamos as *fake news*. Mas é pelo exercício pleno da liberdade de expressão que reforçamos e consolidamos a própria cidadania. E isso passa também pelo papel desempenhado pela imprensa.

De acordo com Cayrol (2001, p. 337-343), a evolução dos meios de comunicação mudou as regras do jogo democrático.

O professor destaca quatro modificações substanciais: a personalização do poder e da política, que cria “personagens carismáticos”; o deslocamento do lugar da política, que passou a se desenrolar nos meios de comunicação; a colocação, na ordem do dia, dos problemas

do momento pelos meios de comunicação, os quais escolhem o que consideram mais importantes para retransmitir aos cidadãos e selecionam os temas que girarão o debate da sociedade política, e, por fim, a influência dos meios de comunicação no conteúdo e na forma do discurso político. Para que o desvio figurado no uso de todos esses meios não tenda a acarretar um desvio da política democrática, é necessário o estabelecimento, no próprio terreno dos meios de comunicação, de uma autêntica ética democrática.

Em sentido semelhante, Cruz (2000, p. 18) afirma que o poder da imprensa não é político, mas sim midiático, pois canaliza de maneira não neutra as mensagens entre candidatos e um eleitorado, condicionando as escolhas e o próprio processo político.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Joaquim Barbosa (BRASIL, 2009a, p. 108-109), reconhece a importância da imprensa na evolução e consolidação de uma democracia, especialmente em democracias “ainda em flor”, como a brasileira, pois é por meio dela que o cidadão se conscientiza dos problemas da “*polis*”, recebe orientação e esclarecimentos para a tomada de posição para escolher os dirigentes da nação e forma seu juízo sobre as políticas públicas implementadas pelos representantes eleitos. Essa imprensa, porém, precisa ser não somente livre, mas também diversa e plural para oferecer “os mais variados canais de expressão de ideais e pensamentos aos mais diversos segmentos da sociedade”, sem que haja concentração.

De qualquer modo, aduz Ferrari (2000, p. 164-165) que, ao se entender a democracia como gozo dos direitos fundamentais e acesso efetivo às oportunidades da vida, a informação livre constitui um fundamento essencial.

A “informação”, diz o autor, não é apenas o “ato de informar”, mas é parte indispensável do processo de formação de conhecimentos, de opiniões e da própria personalidade do indivíduo. A falta dela bloqueia o desenvolvimento da personalidade.

O mesmo ocorre com uma informação unilateral, advinda de uma única fonte, pois direciona a personalidade para canais preestabelecidos e limita a oportunidade de escolha e a capacidade crítica do indivíduo, prejudicando a sua participação nos processos democráticos.

Dessa forma, reforça Cruz (2000, p. 25) que na consolidação dos regimes democráticos e para a afirmação dos valores que fundamentam a democracia, o papel dos órgãos de informação é primordial.

O primeiro retorno da intervenção social está nas notícias do jornal do dia; as desigualdades são atenuadas e o desenvolvimento é promovido. Assim, a circulação das notícias tem de vir em primeiro lugar.

A imprensa, assevera Cayrol (2001, p. 335-336), constitui evidentemente o meio mais eficaz de informação e de formação da opinião pública, caracterizando-se por ser o elo por excelência entre governantes e governados.

Como o governo do povo pressupõe o controle permanente do exercício do poder pela opinião pública, só há democracia viva se a informação é livre e pluralista e se a comunicação é eficiente nos dois sentidos, entre governantes e governados.

A imprensa, na concepção democrática, deve ser livre para defender os direitos dos jornalistas e para expressar os direitos, desejos e aspirações dos cidadãos, e particularmente os direitos fundamentais que vêm a ser o direito à informação e o direito de exprimir opiniões.

Para Cruz (2000, p. 36), a imprensa livre representa uma autodefesa dos cidadãos contra a violência das instituições “e é, por outro lado, o melhor barômetro do exercício das liberdades em qualquer contexto social”.

Os meios de comunicação livres e participativos, prossegue ele, alavancam o desenvolvimento, asseguram a circulação de informação, promovem a participação dos cidadãos na vida pública e abrem espaços de debate e diálogo entre os diversos setores da sociedade, “exercendo a crítica das práticas políticas e econômicas, divulgando conhecimentos, favorecendo novos comportamentos”. E é assim que se conseguem bons governos, com uma imprensa livre e participativa na sua realidade social, aberta ao confronto de opiniões, espaço este privilegiado de crítica democrática.

Como afirma Cayrol (2001, p. 336-337), “não há conquistas ou progressos democráticos que não sejam acompanhados, preparados, não raros suscitados pela imprensa. [...] Não há democracia sem meios de comunicação livres”.

A liberdade de expressão, desdobrada principalmente na liberdade de imprensa e dos meios de comunicação, ajuda a promover estes direitos fundamentais, fazendo parte da própria definição da democracia. Cabe ao Estado, em seu novo papel inserido pelo processo democrático, assegurar a proteção e exercício dessa liberdade a todos os indivíduos.

No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao instituir em seu art. 1º que a República Federativa brasileira se constitui em Estado Democrático de Direito, institui um Estado que “tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social”, abrindo as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais e fundado na dignidade da pessoa humana (SILVA, 2008, p. 120).

De acordo com Oliveira Junior (2010, p. 59), temos um Estado Constitucional Solidarista, envolvido em práticas de cidadania multidimensional e pluralista para a concretização dos direitos fundamentais e humanos.

[...] o legítimo fundamento do Estado encontra-se na solidariedade, tendo a dignidade humana como valor fonte e finalidade última de sua atuação. Encontra-se também no caminhar constante e eficaz rumo ao cumprimento dos objetivos fundamentais (políticas públicas) de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação. (OLIVEIRA JUNIOR, 2010, p. 59).

Para cumprir seus objetivos constitucionais e democráticos, o Estado precisa desenvolver políticas públicas voltadas ao bem comum, podendo a liberdade de expressão, como enfocado, ter grande peso nesse processo.

3.6 Políticas públicas e participação: o Estado em movimento

O Estado moderno tem posição central na análise de políticas, merecendo destaque, na visão de Ham e Hill (1993, p. 42), três áreas de intervenção. Primeira, a de serviços públicos, que se refere ao “Estado de bem-estar” e é a encarregada por prover a educação, a saúde pública, a aposentadoria, o seguro desemprego e a habitação.

Em segundo lugar está a adoção generalizada de políticas de gestão econômica keynesianas, já que o Estado se envolveu na regulação da economia, com políticas de incentivos ao desenvolvimento industrial e participação no processo produtivo enquanto proprietário de certas empresas.

Por fim, a complexidade da vida econômica e urbana “obriga o governo ao engajamento em uma variedade de atividades regulatórias a fim de limitar o impacto coletivo potencialmente negativo do comportamento individual”.

Neste último aspecto, a liberdade de expressão é impactada de alguma forma. O Estado terá não apenas o papel de garantir esse direito fundamental, mas também prevenir abusos e, nas palavras do próprio Mill, prevenir danos a terceiros, sem, contudo, extrapolar seus próprios limites e incidir em censura prévia.

Segundo Dowbor (2010, p. 18), esse papel expandido do Estado é resultado da presença crescente das políticas sociais no conjunto das atividades do país, como saúde, educação,

cultura, lazer, informação e outras atividades “centrais ao investimento no ser humano, inclusive para assegurar a democracia de acesso para todos”.

A garantia à liberdade de expressão sem dúvidas também auxilia no alcance de tais objetivos, em especial se pautados em políticas públicas. Ainda que o Estado se afigure como capitalista e traga consigo um emaranhado de relações extremamente complexas fundadas no capital, sua essência permanece a mesma.

O que muda, de acordo com Serafim e Dias (2012, p. 123), será sua agenda, aqui entendida como o “espaço problemático” de uma sociedade.

Um determinado tema é incorporado à agenda quando é identificado como problema passível de se converter em política pública. Esse processo não deve ser entendido como estritamente técnico: a identificação do problema e a construção da agenda envolvem valores e interesses, estão condicionadas a elementos ideológicos e a projetos políticos e refletem as relações de poder entre os atores sociais envolvidos. As políticas públicas, por sua vez, seriam posicionamentos possíveis em relação a essa agenda, dadas as possibilidades teóricas, políticas e materiais apresentadas aos atores que participam do jogo político. (SERAFIM; DIAS, 2012, p. 123).

Nesse sentido, Deubel (2007, p. 17-18), aponta que o novo contexto político e econômico internacional, assim como as demandas nacionais, regionais e locais para aumentar a democracia, a participação, a autonomia e fortalecer, por exemplo, medidas para a proteção do meio ambiente, colocam os Estados diante de novas problemáticas.

Essa nova agenda política, somada aos problemas comuns das políticas sociais e econômicas de desigualdade, pobreza crescente, violência, terrorismo, corrupção e insegurança, influencia o funcionamento do Estado. E este Estado em movimento, na comparação feita por Serafim e Dias (2012, p. 125), são as políticas públicas.

As políticas públicas, enquanto programas de ação, representam, segundo Deubel (2007, p. 19), “a realização concreta das decisões, os meios utilizados por um determinado ator chamado Estado, no desejo de modificar comportamentos, alterando as regras do jogo que vigoravam até então”.

Se a liberdade de expressão não ingressa de forma direta na agenda ou não seja uma preocupação específica das políticas públicas, é fundamental para amparar essas discussões, até mesmo para a forma como determinado tema ingressará no radar do Estado para a tomada de decisão, formulação e implementação da política pública.

Isso porque, diz Serafim e Dias (2012, p. 126), há uma série de valores e interesses dos atores envolvidos com a elaboração da política pública, principalmente no momento da conformação da agenda, os quais constituem elementos essenciais desse processo.

Como exemplo, temos a opinião dos chamados “grupos de pressão”, que têm crescido paralelamente às instituições formais do governo e passam a desempenhar um importante papel na representação de interesses específicos (HAM; HILL, 1993, p. 45). Sem falar da própria imprensa, fiscalizando, denunciando e apontando os problemas cotidianos.

O principal aspecto deve ser a participação da sociedade civil não apenas nos processos de tomadas de decisões, mas também na identificação do problema até a avaliação da política pública. Sem o envolvimento social, não é possível falarmos em democracia. A liberdade de expressão é um dos elos que irá possibilitar esse ingresso no âmbito do Estado.

A Constituição de 1988, como bem lembra Dagnino (2004, p. 95-96), consagrou o princípio de participação da sociedade civil, havendo um esforço para criação de espaços públicos em que o poder do Estado pudesse ser compartilhado com a sociedade, como os Conselhos Gestores de Políticas Públicas e os Orçamentos Participativos.

É na esfera pública, observa Novelli (2002, p. 186), que se coleta e dissemina informações e, paralelamente, forma-se um fórum para debates, um papel que vem sendo cumprido especialmente pela imprensa e que também exerce influência na agenda de políticas públicas.

Disso advêm algumas críticas. No caso do Brasil, afirma Comparato (2010, p. 323-324), não há realmente um debate, que supõe uma liberdade de se proporem questões ou de se fixar uma agenda. Isso ocorre porque as matérias que vêm a público pelos meios de comunicação de massa não são sugeridas pelos cidadãos, mas pelos controladores desses órgãos. “Em segundo lugar, o debate nunca é público, porque o povo jamais tem acesso às discussões e faz figura de plateia em representação teatral.”

Isso tem muito a ver com questões relacionadas ao poder, já que, conforme ressalta Ham e Hill (1993, p. 52) com base nos estudos dos professores Peter Bachrach (1918-2007) e Morton S. Baratz (1923-1998), o poder pode ser usado para controlar a agenda política e limitar a discussão a temas considerados “seguros”.

A disputa política irá trazer o que Dagnino (2004, p. 95) chama de “confluência perversa” entre um projeto político democratizante, participativo, e o projeto neoliberal, não intervencionista.

Nessa disputa, onde os deslizamentos semânticos, os deslocamentos de sentido, são as armas principais, o terreno da prática política se constitui num terreno minado, onde qualquer passo em falso nos leva ao campo adversário. Aí a perversidade e o dilema que ela coloca, instaurando uma tensão que atravessa hoje a dinâmica do avanço democrático no Brasil. (DAGNINO, 2004, p. 97).

Para Dagnino (2004, p. 97), se por um lado a constituição dos espaços públicos representa o saldo positivo das décadas de luta pela democratização brasileira, por outro o processo de “encolhimento” do Estado e da transferência gradual de suas responsabilidades sociais para a sociedade civil “estaria conferindo uma dimensão perversa a essas jovens experiências”. Isso pode ser sentido nas avaliações dos movimentos sociais, de representantes da sociedade civil nos conselhos gestores, de membros das organizações não governamentais (ONGs) em parcerias com o Estado e de outras pessoas envolvidas nesses processos.

A consequência nefasta desta “perversidade” a que a autora se refere faz com que a participação da sociedade civil nas instâncias decisórias possa servir a um projeto antagônico aos seus interesses de aprofundamento democrático e redução da exclusão. Essa relação entre sociedade civil e Estado, portanto, precisa ser revista, já que o espaço público tem que ser propenso a um debate sadio. O antagonismo de forças políticas sempre estará presente, mas é no exercício da liberdade de expressão que o jogo pode ser equilibrado.

Os projetos políticos expressam, veiculam e produzem significados que integram matrizes culturais mais amplas (DAGNINO, 2004, p. 98), devendo ser expostos para que o problema ingresse na agenda e possam pautar políticas públicas de fato compromissadas com os anseios sociais. Caso contrário, o risco é termos um desvirtuamento e desmonte do terceiro setor. Conforme Dagnino (2004, p. 102), tem ocorrido a adoção de uma perspectiva privatista e individualista em substituição ao significado coletivo da participação social e que se apoia no terreno privado da moral. Outro fenômeno reforçado pela autora é o da despolitização da participação, que dispensa os espaços públicos e substitui seu significado político e potencial democratizante por “formas estritamente individualizadas de tratar questões tais como a desigualdade social e a pobreza”. Em paralelo, há ainda uma transferência de responsabilidade do Estado.

Por outro lado, em grande parte dos espaços abertos à participação de setores da sociedade civil na discussão e formulação das políticas públicas com respeito a essas questões, estes se defrontam com situações onde o que se espera deles é muito mais assumir funções e responsabilidades restritas à implementação e execução de políticas públicas, provendo serviços antes considerados como deveres do Estado, do que compartilhar o poder de decisão quanto à formulação dessas políticas. (DAGNINO, 2004, p. 102).

Os deslocamentos de significados advindos do neoliberalismo e que carregam consigo não apenas uma concepção de Estado mínimo, mas também minimalista, pois restringe o espaço público, a arena da política e seus participantes, processos, agenda e campo de ação (DAGNINO, 2004, p. 108), são prejudiciais à própria liberdade de expressão. Qualquer limitação da esfera pública é nociva para o debate de questões que devam fazer parte da agenda e nortear decisões realmente representativas por parte do governo.

Apesar destes contrastes, os movimentos sociais, em especial, encontram espaços públicos alternativos para se articular e formar um campo discursivo comum, atuando em “redes” ou “teias” e constituindo um campo ético-político próprio. A consequência é a consolidação da sua “capacidade de exercer um papel afirmativo, propositivo, em relação aos vários desenhos da construção democrática que hoje disputam a hegemonia na sociedade brasileira” (DAGNINO, 2001, p. 80-83). Esta busca de espaços, que mostra a presença marcante da liberdade de expressão, reverbera no Estado:

Desde a sua emergência nos anos 70, os movimentos sociais foram capazes de levar ao espaço público questões tradicionalmente relegadas a invisibilidade do mundo privado, questões que adquiriram na nossa história traços dramáticos como a violência contra as mulheres, os direitos da criança e do adolescente, as relações entre patrões e empregados, os direitos do consumidor, o racismo, questões que saíram do âmbito privado e ganharam as ruas. Da mesma forma, o assédio sexual, a discriminação dos portadores de deficiência, dos homossexuais, os direitos urbanos dos moradores da chamada ‘cidade clandestina’ são questões, trazidas pelos movimentos sociais e outros atores da sociedade civil, das sombras do mundo privado para um lugar de relevância pública, onde podem passar a constituir objetos de políticas públicas e a determinar a instituição de novos direitos. (DAGNINO, 2001, p. 86-87).

Assim, é preciso ampliar cada vez mais o grau de publicidade dos espaços de negociação e construir espaços públicos nos quais um número cada vez maior de interesses se fará representar (DAGNINO, 2001, p. 90), marcando o desenvolvimento da própria liberdade de expressão e o aprofundamento de democracia.

Neste aspecto, a prática correta do jornalismo tem grande impacto, podendo auxiliar nos debates trazidos pela sociedade civil e pelos movimentos sociais, suscitar reflexões e mudanças, inclusive dos próprios projetos políticos.

De acordo com Cornu (1998, p. 52), para que o direito do público de conhecer os fatos e as opiniões seja uma realidade, a independência dos jornalistas e a dignidade conferida à sua profissão devem ser asseguradas.

Não é sem motivo que a Constituição brasileira dispôs em seu art. 220 que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação não sofrerão qualquer restrição, estabelecendo ainda que a lei não conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, tendo sua limitação na dignidade da pessoa humana, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Por isso, a comunicação social, que em uma sociedade democrática é matéria de interesse público, não pode admitir nenhuma forma direta ou indireta de controle particular sobre os meios de comunicação de massa. Em outras palavras, é preciso democratizar os *mass media*. Só assim para possibilitar a devida liberdade de expressão e direito à informação. Como consequência, qualquer tipo de regulação é visto com extrema cautela.

Durante a história, diz Fiss (2005, p. 46-48), é comum o Estado defender a regulação do discurso em nome da liberdade. Ocorre que a ameaça não é propriamente do Estado, que somente exerce seu poder de polícia para promover um fim público legítimo. Tal finalidade é uma concepção da democracia, a qual exige que o discurso dos poderosos “não soterre ou comprometa o discurso dos menos poderosos”. Mas, como o próprio autor questiona, o que dá ao Estado o direito de escolher os direitos discursivos de um grupo em detrimento do outro? A resposta passa pela forma que concebemos os interesses discursivos em jogo, pois “algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros” (FISS, 2005, p. 49).

Trata-se de uma concepção igualitária para dar voz aos menos favorecidos, o que para Fiss (2005, p. 49-50) traz oportunidade de participarem do debate público e de o Estado desenvolver o processo democrático, protegendo a cidadania como um todo e de ouvir um debate aberto e inclusivo das questões de relevância pública.

O diálogo, mais do que nunca, deve ser reforçado, porém colocamos em reflexão até que ponto outros posicionamentos precisam ser sacrificados. Mill, em seu antipaternalismo, defende que todos possam dar a sua opinião, cabendo à sociedade fazer a devida ponderação para o aparecimento da verdade. A regulamentação, se por um lado traz um equilíbrio de condições, por outro desestabiliza o debate. Fiss (2005, p. 50-51) responde a isso ao apontar que o contravalor que devemos levar a sério é a própria democracia, rompendo a antiga ideia liberal de que o Estado é o inimigo natural da liberdade ou de imaginar que agora o Estado seja o amigo da liberdade. O Estado deve agir como um mediador imparcial, “devotado a fazer com que todos os pontos de vista sejam apresentados”.

Quando o Estado age como um mediador, seu propósito não é determinar o resultado, nem tampouco preservar a ordem pública [...], mas, ao contrário, assegurar a robustez do debate público. [...] O que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informação integral e sob condições adequadas de reflexão. Da perspectiva da democracia, não deveríamos reclamar, mas aplaudir o fato de que o resultado foi afetado (e presumivelmente melhorado) pelo debate aberto e completo. (FISS, 2005, p. 55).

A mediação feita pelo Estado, desde que isenta, plural e garantidora da liberdade de expressão, exerceria contribuição significativa em todo o processo de análises de políticas públicas, desde a agenda até a formulação, implementação e avaliação, completando todo seu ciclo e atingindo os resultados esperados pela sociedade.

Como vimos, na própria construção da agenda e das políticas públicas, há influência de diversos atores e interesses, que também devem ser considerados. Nesse sentido, Fiss (2005, p. 57) analisa o Estado como uma “corporificação de políticas substantivas individualizadas”, em que aqueles que detêm o controle do poder possuem um interesse na forma como os debates são resolvidos, com o propósito de promover determinadas políticas. Um perigo que deve ser confrontado diretamente e, para isso, o Judiciário pode ser uma saída, especialmente porque está – ou deveria estar – situado fora da arena política. “O Judiciário não deve focar o motivo [...], mas deve cuidadosamente identificar o efeito global da regulação estatal sobre o debate público. A Corte deve se perguntar: a regulação realmente melhorará a qualidade do debate, ou terá ela efeito oposto?” (FISS, 2005, p. 57).

O controle jurisdicional pode e deve ser usado para manter um equilíbrio e dirimir conflitos da vida em sociedade. Ao mesmo tempo, é possível limitar a atuação estatal, já que há outros mecanismos, especialmente de controle social, que ganharam corpo no regime democrático e ainda mais importância na atuação direta para que sejam formuladas e implantadas políticas públicas.

A liberdade de expressão é o alicerce para que a participação da sociedade tenha penetração e possa fazer com que o Estado não apenas adote uma conduta negativa de não intervenção, principalmente se abstendo da censura, mas promova essa liberdade com a menor interferência possível, sempre sopesando direitos que a valorizem e reflitam no próprio fortalecimento da democracia e dos direitos humanos, com pluralismo e diversidade de opiniões, incluindo as das minorias.

Ao percorrermos a liberdade de expressão nas variadas formas em que o Estado pode ser constituído, desde o Estado liberal e seu forte apelo antipaternalista, passando pelo Estado de bem-estar social até chegarmos ao Estado Democrático de Direito, as características

da democracia e sua relação íntima com a consecução de políticas públicas, vimos os contrastes e contradições presentes, mas em comum a necessidade de termos viva e atuante a prática dessa liberdade.

A promoção da liberdade de expressão é um problema de cada sociedade ao seu tempo e considerada, nos dias atuais, como parte integrante e essencial para o processo democrático. É por meio do debate e das discussões que as demandas coletivas podem ser inseridas na agenda e, em paralelo, trazer à tona reflexões que evitem a deturpação de sentidos e privilegiem políticas neoliberais que afastem o Estado de suas obrigações.

Os conflitos são inevitáveis, principalmente pela pluralidade de atores atuantes, sejam eles representantes da sociedade civil, de movimentos sociais ou de projetos políticos individuais ou de grupos de poder.

O papel do Estado deve ser o de absorver as demandas sem se eximir de suas responsabilidades sociais e sem clientelismos. Não ser mínimo ou minimalista nas situações que irão demandar sua intervenção em aspectos que envolvam confrontos com a liberdade de expressão, os quais devem ser analisados criteriosamente caso a caso, nem tão pouco estar presente em todas as questões envolvendo a sua prática. O equilíbrio deve ser perseguido. E quando se fala em equilíbrio, significa ser proporcional e razoável. O Estado não é o inimigo a ser combatido. Ao contrário, está formatado para garantir o desenvolvimento das liberdades e da igualdade, em especial dos direitos fundamentais, entre eles a liberdade de expressão.

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS HUMANOS: REPERCUSSÕES NO ÂMBITO DO STF

O desenvolvimento de um raciocínio jusfilosófico político da liberdade de expressão, com os enfrentamentos que demandam nosso tempo e os constantes conflitos da vida em sociedade, faz parte do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente porque se trata de um direito constitucionalmente protegido, encampado no rol dos direitos fundamentais e diretamente ligado aos direitos humanos, mais especificamente à dignidade da pessoa humana. Simplesmente não há como desvincularmos a liberdade de expressão do ser. Ao nos comunicarmos, expressamos ideias, opiniões, debatemos, discutimos, impomos, aceitamos, criticamos e até ofendemos, do mesmo modo que também estamos sujeitos a recebê-las.

Esta teia de situações vem, comumente, acompanhada de conflitos, em que bens jurídicos de igual valor normativo são colocados em xeque. Deveria um se sobrepor ao outro? Trazendo para a temática da liberdade de expressão, este direito deve ser absoluto? Qual o seu peso quando colidente com a intimidade e a vida privada? Existem excessos que precisam ser considerados?

A resposta a estas questões passa, no ordenamento jurídico brasileiro, pela apreciação do STF, que analisa a problemática conforme o caso concreto. Por este motivo, traçar as linhas gerais da liberdade de expressão para a Suprema Corte representa tarefa difícil, mas trazem os parâmetros necessários para demonstrar o tratamento que deve ser dado a esta liberdade fundamental. Não se busca, aqui, uma teoria genérica, mas de forma substancial dar os contornos e bases da visão do nosso Tribunal constitucional quando temos conflitos patentes entre a liberdade de expressão e outros direitos de igual envergadura. Mas a proposta vai além. Apesar da argumentação profunda, embasada e até minuciosa trazida pelos julgados com o voto de cada ministro, é importante verificarmos suas influências e, tomando como referência o pensamento de John Stuart Mill, a aplicabilidade e contribuição de sua doutrina nos debates atuais do Supremo Tribunal Federal.

Para isso, buscamos fazer um paralelo entre a tese estabelecida pelo STF e o pensamento de Mill, mostrando como as teorias do filósofo britânico poderiam ser adotadas, trazendo novos elementos às discussões, enriquecendo o debate e as decisões judiciais e valorizando a própria liberdade.

A liberdade de expressão, conforme entendimento do STF, constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, compreendendo não apenas informações

consideradas inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência e inquietar pessoas, “pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo” (BRASIL, 2017a).⁵⁷

Neste sentido, Mill tem plena consciência de que a liberdade de expressão abrangerá situações ofensivas. Tanto que, como afirma Urbinati (2002, p. 156-157), o filósofo delineou a estrutura política e teórica na qual vários níveis de liberdade poderiam encontrar seu lugar, atingindo a condição democrática em sua totalidade.

No nível político, se opôs à ideia de que a liberdade como não-interferência poderia surgir sob qualquer regime que fosse. No nível moral e social, rejeitou a ideia de que um indivíduo pudesse chegar “à maturidade de suas faculdades” e “usar e interpretar a experiência à sua maneira” em um clima de coerção. (URBINATI, 2002, p. 156-157, tradução nossa).⁵⁸

Tal entendimento, afirma ainda Urbinati (2002, p. 156-157), reflete a lição de Atenas, cuja transição para a democracia se iniciou quando as pessoas começaram a duvidar da infalibilidade de poucos e acreditavam que boas leis exigiam sua liberdade da tutela do “despotismo paterno” dos Arcontes, incluindo ausência de censura à expressão e liberdade de dependência – condições necessárias de seu processo de democratização. Dessa maneira, tornando a liberdade individual e a liberdade política iguais e interdependentes, Mill antecipou a formulação da democracia que Hans Kelsen idealizou nos anos 40, a qual assinala no seguinte trecho:

A vontade da comunidade, numa democracia, é sempre criada através da discussão contínua entre a maioria e a minoria, através da livre consideração de argumentos a favor e contra certa regulamentação de uma matéria. Essa discussão tem lugar não apenas no parlamento, mas também, e em primeiro lugar, em encontros políticos, jornais, livros e outros veículos de opinião. Uma democracia sem opinião pública é uma contradição em termos. Na medida em que a opinião pública só pode surgir onde são garantidas a liberdade intelectual, a liberdade de expressão, imprensa e religião, a democracia coincide com o liberalismo político – embora não necessariamente com o econômico. (KELSEN, 1998, p. 411-412).

⁵⁷ ADI 4439, Relator: Min. Roberto Barroso, Relator p/ Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017.

⁵⁸ On the political level, he opposed the idea that freedom as noninterference could arise under any regime whatsoever. On the moral and social level, he rejected the idea that an individual could arrive "at the maturity of his faculties" and "use and interpret experience in his own way" in a climate of coercion.

Um alerta trazido por Mill e que precisa ser enfatizado quando abordamos aspectos ligados à democracia está naquilo que denomina “tirania da maioria”, o que afastaria a pluralidade democrática tão necessária ao debate. De acordo com ele, a “tirania da maioria” representa “um dos males contra os quais a sociedade exige proteção”, por isso é preciso que haja uma proteção contra: *i*) a tirania da opinião e do sentimento dominantes; *ii*) a tendência da sociedade em impor suas próprias ideias e práticas como regras de conduta; *iii*) prejudicar o desenvolvimento e *iv*) impedir a formação de qualquer individualidade em desacordo com seus métodos, compelindo todas as pessoas a se conformar ao seu modelo (MILL, 2000, p. 10-11).

Há um limite para a interferência legítima da opinião coletiva sobre a independência individual, e encontrar esse limite, guardando-o de invasões, é tão indispensável à boa condição dos negócios humanos como a proteção contra o despotismo político. (MILL, 2000, p. 11).

A concepção milliana contrária à interferência da opinião coletiva sobre a individual revela a necessidade de parâmetros bem delineados caso isso aconteça, o que reforça o viés antipaternalista de sua doutrina.

O STF possui entendimento neste sentido, afirmando que o Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão. Ao contrário, deve assegurar que minorias possam se manifestar livremente (BRASIL, 2016f).⁵⁹

Ainda sobre a questão envolvendo democracia e liberdade de expressão, o STF verifica que a democracia funda-se na presunção em favor da liberdade do cidadão, sintetizada pela expressão germânica “*Freiheitsvermutung*” (presunção de liberdade), teoria corroborada pela doutrina norte-americana do primado da liberdade (*preferred freedom doctrine*), “razão pela qual ao Estado contemporâneo se impõe o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões em um mercado de ideias (*free marketplace of ideas* a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública” (BRASIL, 2016f).

A metáfora do mercado de ideias, trazida pelo Supremo Tribunal Federal, é fundada, em especial, na filosofia de John Milton, presente em sua obra “*Areopagitica*”, de 1644, mas também é atribuída com frequência a John Stuart Mill como advinda de seu ensaio “*A Liberdade*”, de 1859, o qual vem servindo na presente dissertação como um dos parâmetros para a defesa da liberdade de expressão.

O termo é empregado especialmente em discursos coloquiais sobre a liberdade de expressão, mas também por estudiosos e juristas. Embora presente em produções acadêmicas,

⁵⁹ RE 898450, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/08/2016.

seu uso e familiaridade, até de forma anacrônica ao trabalho de Mill, decorre principalmente dos escritos do juiz da Suprema Corte norte-americana, Oliver Wendell Holmes Jr., que usou várias formas dessa metáfora nas suas decisões envolvendo a liberdade de expressão, como no caso *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919; dissidente), sendo comumente usada para explicar e justificar as liberdades de expressão e de imprensa presentes na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

A expressão, diz Gordon (1997, p. 235), descreve uma situação na qual as pessoas falam e trocam ideias livremente, refletindo, de modo superficial, algo do liberalismo de Mill se compararmos ao seu desejo de minimizar a interferência do governo e da sociedade na vida do indivíduo. Também exprime nossas crenças ideológicas de que o comportamento do mercado representa o tipo de liberdade ao qual aspiramos, de modo que a fala e a ação devem ser livres de maneira igual. “Essa metáfora não vem do texto de Mill, e, pelo contrário, não reflete com precisão as visões de Mill sobre a liberdade de expressão expressas em *A Liberdade*.” (GORDON, 1997, p. 235, tradução nossa).⁶⁰

Segundo Ingber (1984, p. 3), essa teoria pressupõe que um processo de debate robusto, se não for inibido pela interferência governamental, levará à descoberta da verdade, ou pelo menos às melhores perspectivas ou soluções para os problemas da sociedade. Um mercado de ideias que funcione adequadamente, com base na visão trazida por Holmes Jr., cita o autor, garante a evolução adequada da sociedade, onde quer que essa evolução leve.

A partir do momento em que foi incorporado na jurisprudência norte-americana, o mercado de ideias passou a ser percebido pelos tribunais e estudiosos como essencial à participação popular efetiva no governo. Dada a importância que os Estados Unidos atribuíram ao governo democrático, essa visão do mercado de ideias ajudou as liberdades de imprensa e de expressão a assumirem uma posição preferencial no esquema constitucional estadunidense (INGBER, 1984, p. 3-4).

Ao aplicar este conceito ao texto de Mill, o interpretamos no sentido de que todas as opiniões devem ser expressas, já que, conforme Gordon (1997, p. 236), as pessoas vêm ao mercado com suas ideias e, pela discussão, trocam opiniões. Estas competem entre si e temos a oportunidade de testá-las, comparando-as. E, como consumidores racionais de ideias, escolhemos a “melhor” entre elas. É o mesmo processo de um mercado, onde produtos considerados “ruins” são excluídos e produtos “bons” prosperam porque satisfazem a demanda. De maneira análoga, ideias “boas” prevalecem no mercado e as “ruins” são eliminadas no devido tempo.

⁶⁰ This metaphor does not come from Mill's own text, however, and quite to the contrary, the metaphor does not reflect accurately Mill's views on free speech expressed in *On Liberty*.

“Portanto, mais implícita na analogia é a noção de que as ideias que prevalecem no mercado devem ser as ‘melhores’ em algum sentido dessa palavra.”⁶¹

Ocorre que, para a professora, Mill adota um modelo de liberdade de expressão bem diferente do que é implícito nessa metáfora. Mais uma vez, há o perigo da tirania da maioria sobre a minoria, a qual não vem pelos canais legais ou mesmo formais, mas pelo costume social e pela intolerância (GORDON, 1997, p. 237).

O argumento de Mill é enfático ao se referir às fortes tendências da maioria das pessoas a esse tipo de opressão social, já que “as regras que cada povo alcança parecem-lhe evidentes e justificáveis por si mesmas” (MILL, 2000, p. 11).

Assim, Gordon (1997, p. 238), retomando essa linha de pensamento, resume alguns pontos trazidos pelo filósofo. Mill diz que, embora o clichê nos diga que o costume é uma segunda natureza, algumas pessoas o confundem com a primeira; que a moralidade em uma sociedade é geralmente ditada pela classe ascendente; e que “a disposição da humanidade” é tal que é apenas a falta de poder que impede as pessoas de impor aos concidadãos suas próprias opiniões e inclinações.

É claro que a preocupação de Mill aqui é a tendência dos humanos de coagir seus semelhantes à conformidade. A implicação adicional de Mill é que essa conformidade leva à mediocridade. O progresso da humanidade, portanto, depende da prevenção dessa conformidade imposta. (GORDON, 1997, p. 238, tradução nossa).⁶²

Em sentido semelhante, mas focado no risco da regulamentação estatal, Ingber (1984, p. 4) verifica que os tribunais que invocam o modelo de mercado da primeira emenda justificam a liberdade de expressão por conta dos benefícios agregados à sociedade, não porque alguém que emita sua opinião individualmente terá um benefício particular.

Dessa maneira, os tribunais que focam sua preocupação no público, e não no orador, relegam a liberdade de expressão a um valor instrumental, um meio para alcançar algum outro objetivo, ao invés de um valor em si mesmo.

“Uma vez que a livre expressão é vista apenas como um valor instrumental, todavia, é mais fácil permitir a regulamentação do discurso pelo governo se a sociedade como um todo

⁶¹ So, further implicit in the analogy is the notion that the ideas that ultimately prevail in the marketplace must be the “best” in some sense of that word.

⁶² It is clear that Mill's concern here is the tendency of humans to coerce their fellow beings into conformity. Mill's further implication is that such conformity leads to mediocrity. The progress of humanity, therefore, depends on preventing this enforced conformity.

‘se beneficie’ de um sistema regulamentado de expressão” (INGBER, 1984, p. 4-5).⁶³ Uma posição que Mill sempre rechaçou, defendendo a não intervenção do Estado.

O cuidado que se deve tomar quando o STF, baseado na concepção do livre mercado de ideias (*free marketplace of ideas*), afirma que o Estado deve estimular o livre intercâmbio de opiniões, é justamente a sobreposição de um argumento muito forte e que representa grupos de poder contra a fala da minoria. Esta, na visão de Mill, deve sempre guardar lugar no debate para termos de fato uma opinião pública plural. Afinal, como cita a própria Jill Gordon (1997, p. 238), todas as ideias devem ser expressas livremente, a fim de servir ao fim último de Mill: o progresso humano.

Neste aspecto, Mill (2000, p. 74) argumenta que, “se uma das duas opiniões apresenta melhores alegações que a outra, não apenas para que a tolerem, mas para que a encorajem e apoiem, deve ser a que sucede de estar, num tempo e lugar específicos, em minoria”. Isso porque, tal opinião representa, no tempo presente, os interesses negligenciados, “o lado do bem-estar humano que corre o risco de obter uma porção menor do que a devida”.

A passagem mostra, verifica Gordon (1997, p. 239), que Mill permanece enfaticamente do lado das opiniões expressas por qualquer minoria. Para a autora, Mill deseja mais do que mera expressão e tolerância de opiniões minoritárias. Por isso, sua promoção da liberdade de expressão não o obriga a recomendar como paradigma algo como um mercado, pois devemos “encorajar” e “aceitar” as opiniões das minorias, indo além de qualquer mera tolerância passiva a todas as ideias contrárias à opinião recebida. “Além disso, a passagem implica que o mercado é um mecanismo inadequado para se alcançar melhor os objetivos de desenvolvimento e aprimoramento para todos.”⁶⁴

O debate, porém, deve ir além. Como analisa Ingber (1984, p. 6), a teoria clássica do mercado assume que a verdade é descoberta por meio da competição com a falsidade e enfatiza que qualquer verdade imposta com autoridade é atormentada pelo perigo do erro.

De acordo com ele, pelos argumentos de Mill, a repressão pode interferir na capacidade do mercado em buscar a verdade. Primeiro, porque se a opinião censurada contiver a verdade, seu silenciamento reduzirá a chance de se descobrir essa verdade. Em segundo lugar, caso as opiniões conflitantes guardem parte da verdade, o confronto entre elas é o único método de descobrir a contribuição de cada uma para a totalidade da verdade. Por fim, mesmo que a

⁶³ Once free expression is viewed solely as an instrumental value, however, it is easier to allow government regulation of speech if society as a whole “benefits” from a regulated system of expression.

⁶⁴ Moreover, the passage implies that the market is an inappropriate mechanism through which to achieve best the aims of development and improvement for all.

visão censurada seja totalmente falsa e a opinião confirmada seja totalmente verdadeira, desafiar a opinião aceita deve ser permitido para que as pessoas mantenham esse ponto de vista aceito como algo além do dogma e preconceito. Se isso não for feito, seu significado será perdido ou enfraquecido. “Mill acreditava que aqueles que consideravam desnecessários os confrontos entre visões concorrentes supunham indevidamente a infalibilidade de suas próprias opiniões” (INGBER, 1984, p. 6, tradução nossa),⁶⁵ algo prejudicial à busca da verdade, ao debate e à própria democracia.

Uma linha semelhante é adotada por Schapiro (1943, p. 154), que vê a mesma suposição de infalibilidade por parte dos que detêm o poder no caso de supressão da liberdade de opinião. Nas palavras de Mill (2000, p. 28-29), isso “é tão ou mais nocivo quando exercido em conformidade com a opinião pública do que quando em oposição a ela”.

Portanto, diz Schapiro (1943, p. 154), com base no pensamento milliano, que mesmo as opiniões erradas, quando se opõem, têm valor social, pois servem para esclarecer e vivificar as opiniões corretas, dando um entendimento mais profundo àqueles que mantinham as opiniões corretas. Sem elas, estas últimas degenerariam em fórmulas mortas. Como afirma Mill:

O homem que conhece apenas o seu lado da questão não sabe muita coisa. Suas razões podem ser boas, e é possível que ninguém seja capaz de refutá-las. Mas se for igualmente incapaz de refutar as razões do lado contrário, se não estiver em condições de saber o que são, não possui fundamentos para preferir uma opinião à outra. (MILL, 2000, p. 57).

De acordo com Ingber (1984, p. 27), os conflitos no mercado, por conseguinte, provavelmente não levarão a uma conclusão sobre o que é “verdadeiro” ou “melhor”. Em vez disso, o mercado servirá como um fórum no qual grupos culturais com necessidades, interesses e experiências diferentes lutam para defender ou estabelecer seus sentidos díspares do que entendem como a verdade ou como uma melhor opinião. “A adoção oficial e o apoio à posição de um grupo, supostamente devido ao seu sucesso no mercado, apenas aumentam por meio de mecanismos legais a estatura da subcultura desse grupo”.⁶⁶ Por isso, não representam uma aceitação universal da perspectiva desse grupo.

⁶⁵ Mill accordingly believed that those who considered clashes among competing views unnecessary wrongly presumed the infallibility of their own opinions.

⁶⁶ Official adoption and support of one group's position, allegedly due to its success in the marketplace, merely enhances through legal mechanisms the stature of that group's subculture.

A conclusão a que chega Ingber (1984, p. 48) é que o mercado de ideias é mais mito que realidade, já que, na prática, as comunicações que ingressam no mercado refletem amplamente os pontos de vista político, econômico e social convencional. Parte expressiva dos potenciais oradores têm um acesso restrito ao mercado e a diversidade de perspectivas é praticamente inexistente. “Na realidade, o mercado dificilmente é o tipo de mercado livre do tipo *laissez-faire* que o modelo sugere.” (INGBER, 1984, p. 48, tradução nossa).⁶⁷

Apesar das críticas ao modelo do livre mercado de ideias (*free marketplace of ideas*), importado pelo STF da jurisprudência norte-americana na abordagem à liberdade de expressão – já que é comum no Direito comparado verificar como outros países tratam questões semelhantes –, Gordon (1997, p. 240) considera ser possível construir um modelo de mercado que permita a livre expressão de todas as ideias.⁶⁸ O ponto é que esse modelo, ainda que permita que todas as opiniões sejam ouvidas, não reflete a posição de Mill, já que para ele a livre expressão de todas as ideias, embora seja uma condição necessária, não é suficiente. Também é preciso dar uma consideração especial a algumas dessas ideias que são expressas pela minoria, o que leva além de qualquer modelo de mercado da liberdade de expressão.

Sem dúvidas, esta pode ser a principal contribuição de Mill para o debate travado no Direito constitucional brasileiro, considerando em especial seus alertas contra a tirania da maioria e que a “melhor” opinião, nem sempre, será a verdadeira.

Outro enfoque importante apreciado pelo STF envolve a liberdade de expressão científica. Mill, em sua obra, não adentra sob essa perspectiva, mas seus fundamentos apontariam, sem a menor hesitação, em se garantir o pleno exercício deste direito.

Nesta perspectiva, o Supremo considerou o Direito constitucional à liberdade de expressão científica e a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) como densificadores dessa liberdade. Isso porque, a liberdade de expressão se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade.

“Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada.” Assim, há a compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências “que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos” (BRASIL, 2008).⁶⁹

⁶⁷ In reality, the marketplace is hardly the *laissez-faire* type of free market the model suggests.

⁶⁸ Cf. as propostas de INGBER, Stanley. The marketplace of ideas: a legitimizing myth. **Duke Law Journal**, Durham, v. 33, n. 1, p. 1-91, Feb. 1984.

⁶⁹ ADI 3510, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008.

O exercício do direito à liberdade de expressão, segundo o STF, não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular, já que a Constituição do Brasil proíbe qualquer censura (BRASIL, 2015b).⁷⁰

Este é um ponto chave na doutrina de Mill, que afasta qualquer base para a censura, até mesmo no caso de danos a terceiros. Embora ele admita que a opinião possa ser restringida em casos extremos, em nenhum momento sugere tal expediente, mesmo porque é um ávido defensor do antipaternalismo.

O reconhecimento da falibilidade é um forte argumento para não haver opiniões censuradas, pois há o grande risco de se inibir uma visão necessária e vital para o debate e que guarda a sua verdade, senão a própria verdade almejada. A tolerância, esta sim, deve ser sempre perseguida. Em situações extremas, que de fato tragam prejuízos, o recomendável é sempre se buscar algum tipo de orientação ou aconselhamento ao invés da proibição coercitiva.

Para Funk (1984, p. 453-454), que desenvolveu o que chamou de “Argumento das Boas Razões” (*Good Reasons Argument*) baseado na obra de Mill e em uma avaliação das consequências sociais da adoção da censura, o discurso tem repercussões sociais e às vezes prejudiciais. Tanto que o próprio Mill reconhece no Capítulo I de “A Liberdade” que a sociedade tem o direito de se proteger contra tais danos. Logo, a censura poderia ser justificada se existisse um bom motivo para isso. Mas não há.

Qualquer razão, se incorporada ao nosso pensamento moral e arraigada em nosso sistema jurídico, corre um risco inaceitavelmente alto de resultar em censura em uma série de casos que prejudicam mais do que qualquer bem que possam resultar, seja na formação de crenças verdadeiras, no bem-estar social, ou ambos. Portanto, não há boas razões para censurar e a censura é injustificada. (FUNK, 1984, p. 453-454, tradução nossa).⁷¹

Ademais, como cita Mill (2000, p. 36), “se as razões não são boas para um caso extremo, não serão boas para nenhum outro caso”. A consequência disso é que não se pressupõe a infalibilidade ao reconhecer que deva haver livre discussão sobre todos os assuntos, ainda que duvidosos. Pelo contrário. O julgamento é no sentido de “impedir de questionar uma certa doutrina ou um certo princípio particular”.

⁷⁰ ADI 4815, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015.

⁷¹ Any reason, if incorporated into our moral thinking and entrenched in our legal system, runs an unacceptably high risk of resulting in censorship in such a class of cases as to do harm above any good that might result, whether to the formation of true beliefs, the social welfare, or both. Therefore there is no good reason to censor and censorship is unjustified.

De acordo com Funk (1984, p. 459), Mill verifica que as consequências sociais da censura são mais perigosas do que aparenta. Isso porque, uma vez adotada a censura por qualquer razão, mesmo que limitada, haveria o colapso da proibição geral contra ela. Uma vez avaliada “razão por razão”, pode-se esperar que muitos motivos para se censurar passem a ser injustificadamente aceitos e usados para a repressão. Logo, os danos resultantes serão superiores a qualquer bem. O melhor é não adotar nenhum motivo para censurar.

Mill pode citar facilmente mecanismos de abuso sempre disponíveis para qualquer governo. Mas ele deve presumir que sempre existe um risco substancial de repressão, que é aumentado por qualquer direito à censura, que a tentação pela repressão governamental é tão forte que a introdução de até um motivo de censura limitada provocaria esse perigo. (FUNK, 1984, p. 453-454, tradução nossa).⁷²

Muito disso terá a ver não apenas com repressões totalitárias ou pelo enfrentamento de status políticos de poder estabelecidos, mas também com a intolerância.

Além da proteção contra a censura, a liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo, conforme o STF, anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60),⁷³ menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), mesmo que sob o argumento de se estar a “resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem” (BRASIL, 2015b).

A assertiva guarda profunda relação com o princípio da liberdade presente em Mill, o qual defende a mais ampla liberdade, protegendo-a do agir do Estado e da própria sociedade. O que importa, aí, não é resguardar outros direitos, ainda que de mesma estatura legal, mas criar algum tipo de limitação à liberdade tão somente na configuração de danos a terceiros – e mesmo assim com critérios. Até porque, a liberdade, seguindo-se a linha milliana, terá mais contornos de uma teoria de justiça que propriamente de moralidade, estando especialmente ligada à individualidade e aparecendo enquanto liberdade positiva, embora alguns autores, como Isaiah Berlin, a encarem como liberdade negativa: “a definição da liberdade negativa como a habilidade de fazer o que se deseja [...] é, com efeito, a definição adotada por Mill” (BERLIN, 1981, p. 148).

⁷² Mill can easily cite mechanisms of abuse always available to any government. But he must assume that there is always a substantial risk of repression which is increased by any entitlement to censor, that the temptation for governmental repression is so strong that the introduction of even a reason for limited censorship would provoke that danger.

⁷³ CF/88: Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

Dentro deste parâmetro, é importante, mais uma vez, retomarmos o que significa o termo liberdade positiva.

A liberdade positiva, na lição de Berlin (1981, p. 142), tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor, ou seja, de que sua vida e suas decisões dependam dele mesmo e não de forças externas de qualquer tipo.

Assim, pelo entendimento de Packe (1954, p. 403), não se pode mais falar em liberdade negativa quando tratamos dos conceitos de Mill porque esta significa ausência de restrição, sendo que para Mill a liberdade é uma condição positiva de bem-estar. Por isso, é aconselhável adotar aquele sistema em que seja menos provável ocasionar danos. “A doutrina da liberdade de Mill pode ser incompleta, mas é mais coerente do que o coletivismo, que deve afirmar com franqueza o que é certo, ou então buscar refúgio nos sofismas da vontade geral.” (PACKE, 1954, p. 403, tradução nossa).⁷⁴ No caso do indivíduo, este é o responsável pelos seus atos.

Independente da maneira em que Mill é encaixado nestes conceitos, Berlin (1981, p. 26) afirma que o filósofo britânico julga a liberdade como um meio indispensável para atingir-se a felicidade. Mas vai além. Enquanto partidário do livre arbítrio, Mill considera que deve haver uma certa área mínima de liberdade pessoal que não pode ser absolutamente violada. Isso porque, se seus limites forem invadidos, o indivíduo passa a ter uma área bastante estreita ao desenvolvimento mínimo de suas faculdades naturais, “que, por si só, toma possível perseguir, e mesmo conceber, os vários fins que os homens consideram bons, corretos ou sagrados” (BERLIN, 1981, p. 137).

Outra característica marcante da defesa da liberdade de Mill está no fato de a liberdade estar diretamente ligada ao desenvolvimento da individualidade, em especial moral e intelectual. “Os meios de desenvolvimento que o indivíduo perde ao ser impedido de satisfazer suas inclinações em prejuízo de outros obtêm-se principalmente às expensas do desenvolvimento de outros.” (MILL, 2000, p. 97).

Isso explica o fato de Mill (2000, p. 22) se referir à liberdade como sendo aquela “de buscar nosso próprio bem da maneira que nos seja conveniente”.

Na interpretação de Baum (2007, p. 102), não se trata de satisfazer meramente desejos irrefletidos.

⁷⁴ Mill's doctrine of liberty may be incomplete, but it is more coherent than collectivism, which must either baldly assert that might is right, or else seek refuge in the sophistry of the general will.

“Perseguir nosso próprio bem à nossa maneira exige o que Mill chama de ‘liberdade mental’ e o que agora é chamado de autonomia – ou seja, a capacidade de as pessoas formularem reflexivamente suas próprias metas e objetivos.” (BAUM, 2007, p. 102, tradução nossa).⁷⁵

Neste sentido, Baum (2007, p. 102) afirma que, de acordo com Mill, os indivíduos são livres em relação às suas escolhas e ações apenas na medida em que cultivam reflexivamente a individualidade de caráter e preferências, de modo que suas escolhas e ações sejam realmente suas.

Assim, o desenvolvimento da individualidade do caráter e das preferências é uma condição necessária da liberdade, o que leva a compreender a concepção de liberdade de Mill como a capacidade para autodeterminação, abrangendo não apenas as escolhas e ações das pessoas como indivíduos independentes, “mas também domínios nos quais as pessoas compartilham práticas de autogoverno mútuo em relação a instituições sociais e políticas que regulam suas vidas” (BAUM, 2007, p. 102-103, tradução nossa).⁷⁶

A liberdade, segundo Mill (2000, p. 98), também é impactante para a descoberta da verdade, que pode ser buscada por meio da “originalidade”, considerada por ele como um “elemento valioso nas questões humanas”. Por conseguinte, expande-se o próprio conhecimento.

Sempre há necessidade de pessoas não apenas para descobrir novas verdades, e assinalar quando o que antes era verdade deixa de ser, mas também para dar início a novas práticas, e fornecer o exemplo de uma conduta mais esclarecida, bem como de melhor gosto e senso na vida humana. (MILL, 2000, p. 98).

Para melhor compreender tais aspectos da liberdade presentes em Mill, a cientista política italiana, Nadia Urbinati (2002, p. 158), faz uma síntese das concepções abordadas no trabalho do filósofo, dividindo-as em três conceitos: liberdade como não interferência (*noninterference*), liberdade como não sujeição (*nonsubjection*) e liberdade como autodesenvolvimento (*self-development*) moral.

Os dois primeiros, diz a autora, equivalem, respectivamente, à liberdade civil e política, “na medida em que pertencem à relação do indivíduo com a estrutura jurídica e sociopolítica da sociedade”.

A liberdade como autodesenvolvimento, por sua vez, é essencialmente moral.

⁷⁵ Pursuing our own good in our own way requires what Mill calls “mental freedom” and what is now called autonomy – that is, the capacity of persons to reflectively formulate their own goals and objectives.

⁷⁶ [...] but also domains in which people share with others in practices of mutual self-government with respect to social and political institutions that govern their lives.

Mill imaginou as liberdades negativas da não-interferência e da não-sujeição como “instrumentais” para a preservação e o respeito do valor intrínseco da individualidade. O valor da individualidade faz da segurança (das ações) e da independência (da formação da vontade) os dois “interesses essenciais” compartilhados. Mill definiu, detectou e se opôs aos danos em relação a esse critério normativo. (URBINATI, 2002, p. 158-159, tradução nossa).⁷⁷

O critério do dano estabelecido por Mill, apesar de poder ser interpretado de forma aberta e com certo grau de subjetividade – algo proposital e que faz com que sua doutrina se amolde a qualquer época, desde que sempre contextualizada às bases de seu pensamento –, leva a outro aspecto bastante peculiar e que possui diferentes correntes. Trata-se de estabelecer se a liberdade de expressão está acobertada ou não por um condão de inviolabilidade e se este direito é absoluto.

A partir do momento em que o princípio do dano é estabelecido, podemos dizer que as restrições são possíveis, com o cuidado de se verificar o grau em que a coercibilidade estará presente, em que momento e se é realmente necessária.

O STF estabeleceu que o direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por esta razão, às restrições do próprio texto da Constituição, “destacando-se, entre essas, aquela que consagra a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende a preservação do direito à honra e o respeito à integridade da reputação pessoal” (BRASIL, 2015c).⁷⁸

Os limites, para o Supremo, podem ser morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal (BRASIL, 2003).⁷⁹

Da mesma maneira, a Constituição não protege e nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, como ocorre nas situações que caracterizem crimes contra a honra (calúnia, difamação e/ou injúria), pois “a liberdade de expressão não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental” (BRASIL, 2015c).

⁷⁷ Mill envisioned the negative liberties of noninterference and nonsubjection as "instrumental" to the preservation and respect of the intrinsic value of individuality. The value of individuality makes security (of actions) and independence (of will formation) the two shared "essential interests." Mill defined, detected, and opposed harm in relation to this normative criterion.

⁷⁸ ARE 891647 ED, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015.

⁷⁹ HC 82424, Relator: Min. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003.

Este entendimento mostra também porque a criminalização do desacato, para o STF, mostra-se compatível com o Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2018b).⁸⁰

O caso envolveu a condenação, pela Justiça Militar, de Admys Francisco de Sousa Gomes à pena de 6 meses de detenção como incurso no art. 299 do Código Penal Militar (CPM).⁸¹ Isso porque, conforme o HC 141.949, ele desacatou o 2º Sargento do Exército, Átila Ferro Corrêa, que se encontrava no exercício de suas funções no Batalhão da Guarda Presidencial, chamando-o de “palhaço”. A defesa alegou que a decisão ofendeu a liberdade de expressão e do pensamento, mas o Supremo, por maioria de votos, rejeitou a tese e denegou a ordem de *habeas corpus*, mantendo a sanção.

Assim, o direito à liberdade de expressão poderá colidir com outros de igual peso, em especial com os direitos da personalidade, como a honra e a moral, sofrendo restrições. Transportando o conceito à jurisprudência do STF, temos um tipo de aplicação do princípio do dano, cuja resposta se dá por meio da Justiça. O tipo de sanção, se adequado ou não à base filosófica de Mill, será discutido mais adiante ao tratarmos do chamado princípio da proporcionalidade.

O caso concreto terá papel preponderante na decisão judicial, mas a visão sobre os limites da liberdade de expressão emanada pelo Supremo é de certa forma semelhante à leitura feita por David Lyons.

Para ele, é fato que a liberdade pode ser limitada tão somente com o objetivo de evitar danos a outras pessoas, mas a conduta que é interferida não precisa necessariamente ser considerada prejudicial ou perigosa a terceiros, havendo outras maneiras para impedir tais danos (LYONS, 1997, p. 118).

Neste ponto, podemos citar as discussões de Mill sobre “ações justas” (*fair shares*). De acordo com Lyons (1997, p. 130-131), ainda que a doutrina oficial de Mill afirme que restrições à liberdade podem ser impostas apenas com o objetivo de impedir danos a terceiros, o filósofo inglês reconhece que outros tipos de razão podem argumentar contra restrições específicas. Isso porque, medidas coercitivas podem não ser necessárias ou podem ser contraproducentes, pois é provável que os indivíduos ajam melhor por conta própria ou, ainda, que a intervenção produza como efeitos colaterais mais danos do que os impediria.

⁸⁰ HC 141949, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13/03/2018.

⁸¹ CPM: Art. 299. Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime.

[...] Mill está evidentemente comprometido não apenas com a prevenção de danos, mas também com a preservação da liberdade, interferindo nela o mínimo possível. Assim, enquanto Mill permite a necessidade definitiva de alguma intervenção coercitiva, ele deseja minimizá-la, bem como minimizar os danos incidentais que a intervenção social acarreta. (LYONS, 1997, p. 131, tradução nossa).⁸²

Como regra geral, conforme Gray (1996, p. 104-105), temos o repúdio de Mill às restrições à liberdade de expressão, derivada de sua atribuição de que os seres humanos devem se tornar e permanecer agentes autônomos, já que limitações à livre expressão obstruem a autonomia.

Assim, prossegue o autor, embora um agente autônomo possa aceitar que o Estado possui autoridade para submetê-lo a vários tipos de restrições, e enquanto puder confiar no julgamento de terceiros sobre a retidão dos limites impostos à sua liberdade, não pode, sem perder sua autonomia, revogar a responsabilidade que tem de avaliar criticamente tanto as ações do Estado como os julgamentos a que é submetido.

O exercício da responsabilidade de um agente autônomo, no entanto, pressupõe que ele possua todos os recursos de informação e de opiniões e julgamentos conflitantes, “condições indispensáveis para a deliberação racional e que só podem ser garantidas pela proteção das liberdades liberais de expressão” (GRAY, 1996, p. 105, tradução nossa).⁸³

Por conseguinte, diz Gray (1996, p. 105-106), Mill não nega que atos expressivos possam ser prejudiciais, mas sem sempre sua nocividade é suficiente para garantir sua restrição. Isso porque, os atos expressivos, conforme o autor, são tipicamente de proteção a terceiros (*other-regarding*) e, em relação a alguns deles, pode ser estabelecido um forte nexo de causalidade, provocando danos aos interesses vitais de outros.

A noção de dano em Mill, de acordo com Urbinati (2002, p. 165), aparece de forma abrangente e robusta como sinônimo de lesão.

Segundo a cientista política, o indivíduo pode sofrer esta lesão como resultado de uma ofensa direta, como uma violação de segurança, ou quando é impedido de buscar seu próprio bem – uma violação da independência.

⁸² Mill is evidently committed not only to harm-prevention but also to preserving liberty, interfering with it as little as possible. So, while Mill allows the definite need for some coercive intervention, he wishes to minimize it, as well as to minimize the incidental harm that social intervention entails.

⁸³ [...] indispensable conditions of rational deliberation and which can only be secured by the protection of liberal freedoms of speech.

Os casos mais graves de injustiça (dano) são aqueles que violam a integridade física e mental de uma pessoa. Eles são, como [Mill] colocou no *Utilitarismo*, “atos de agressão injustificada ou de abuso de poder sobre alguém”, que violam as ações de uma pessoa ou a formação de sua vontade. Uma pessoa é livre porque não está sujeita à vontade de outra e goza das “condições necessárias do desenvolvimento humano”, não simplesmente porque nenhum obstáculo impede seus atos. (URBINATI, 2002, p. 165, tradução nossa).⁸⁴

Essa interpretação, para a autora, explica a noção de dano em Mill, referindo-se tanto às ações individuais que ofendem diretamente terceiros – “agressão injusta” (“*wrongful aggression*”) – como às formas de relações humanas que inibem as chances das pessoas de tomar decisões e fazer planos independentes – “exercício injusto do poder sobre alguém” (“*wrongful exercise of power over some one*”). “O primeiro fundamenta a estrutura constitucional e legal da vida comunitária, enquanto o segundo permite uma definição mais ampla de justiça que diz respeito às condições políticas e sociais da melhoria individual.” (URBINATI, 2002, p. 165, tradução nossa).⁸⁵

Um questionamento importante é feito por McCloskey (1963, p. 149), o qual considera que todo ato tem repercussões sociais que podem ser benéficas ou prejudiciais a terceiros. A qualificação de Mill, então, permite que a liberdade seja restringida sempre que o bem geral exigir?

A resposta de Mill aparece no sentido de que existem circunstâncias em que o dano pode ser tolerado em nome da liberdade caso não seja perceptível, ou melhor, direto, a terceiros.

Admito plenamente que o dano provocado por uma pessoa sobre si mesma possa afetar seriamente, tanto por suas simpatias como por seus interesses, os que se relacionam a ela de modo próximo e, em grau menor, a sociedade como um todo. Quando, por uma conduta dessa espécie, um homem é levado a violar uma obrigação indubitável e transmissível para com uma ou mais pessoas, o caso cessa de ser social e se torna passível de desaprovação moral, no sentido próprio do termo. [...]

Porém, com relação à ofensa simplesmente eventual ou construtiva, por assim dizer, que uma pessoa cause à sociedade sem violar nenhum dever específico para com o público e sem ocasionar dano perceptível a um outro indivíduo além de si mesma, a sociedade pode e deve tolerar essa inconveniência, em nome do bem superior da liberdade humana. (MILL, 2000, p. 124-126).

⁸⁴ The most serious cases of injustice (harm) are those that violate a person's physical and mental integrity. They are, as he put in *Utilitarianism*, "acts of wrongful aggression, or wrongful exercise of power over some one", which infringe upon a person's actions or on her will formation. A person is free because she is not subjected to the will of another, and enjoys the "indispensable conditions for the flowering of [her] individuality", not simply because no obstacle obstructs her acts.

⁸⁵ The former grounds the constitutional and legal structure of communal life, while the latter allows for a broader definition of justice that concerns the political and the social conditions of individual improvement.

Como exemplo, Mill (2000, p. 125) afirma que nenhuma pessoa deveria ser punida apenas por estar embriagada, mas se um policial estivesse bêbado em serviço, deveria haver punição. É como o caso da embriaguez ao volante. Ninguém é multado ou detido simplesmente por ter consumido bebida alcoólica em excesso. Mas sim por dirigir com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool. “Em resumo, quando houver um dano claro ou um risco claro de dano, seja a um indivíduo, seja ao público, o caso é retirado da província da liberdade, e colocado na província da moralidade ou da lei.” (MILL, 2000, p. 125).

Em outra passagem, Mill (2000, p. 86) observa que se os atos humanos, sejam de que tipo forem, provoquem, sem justa causa, danos a terceiros, podem – e nos casos mais graves devem – ser controlados até mesmo pela “interferência ativa dos homens”. Nesta situação, a liberdade do indivíduo precisa ser limitada, já que este não pode se tornar nocivo aos outros.

Mas se o indivíduo se abstém de molestar outros naquilo que lhes concerne, e simplesmente age de acordo com sua inclinação e seu juízo no que lhe concerne, as mesmas razões que mostram a necessidade de essa opinião ser livre provam, também, a necessidade de permitir-lhe, sem o molestar, colocar suas opiniões em prática à sua própria custa. (MILL, 2000, p. 86).

Conforme McCloskey (1963, p. 149), Mill sugere que a sociedade pode ajudar o indivíduo por meios não coercitivos, como pela educação, implicando no direito do Estado de promover esses bens sem o uso de coerção direta. A dificuldade é que poucos atos, ou nenhum, serão relacionados somente à autoproteção (*self-regarding*), o que concede ao Estado o direito de fazer julgamentos morais, impor “deveres atribuíveis” e promover o comportamento moral de autoproteção (*self-regarding*).

O fundamento de Mill, porém, para limitar esta coerção em relação à moralidade privada – e raramente invocado por ele –, é o fato de ver a liberdade como um bem distinto, que supera o bem dessa moralidade privada alcançada apenas pela coerção estatal. Apesar disso, Mill aceita o direito do Estado de tomar medidas para prevenir crimes e acidentes, mostrando uma consciência de que o indivíduo nem sempre pode ser o melhor juiz ou guardião de seus próprios interesses (MCCLOSKEY, 1963, p. 149-150).

Por isso, Scarre (2007, p. 85) afirma que Mill distingue entre atos que violam outros direitos constituídos e, portanto, legalmente protegidos e pelos quais a pessoa pode sofrer punição judicial, daqueles que, apesar de ofensivos ou imprudentes, não chegam a este ponto. Neste último caso, é possível haver punição justamente pela opinião emitida, mas não pela lei – para nós, num sentido mais de reprovação social e nas consequências advindas deste comportamento.

Assim, Scarre (2007, p. 85) assinala que Mill estabelece, com cuidado, o princípio geral que rege a interferência legítima no seguinte trecho:

Tão logo qualquer parte da conduta de alguém influencia de modo prejudicial os interesses de outros, a sociedade adquire jurisdição sobre tal conduta, e a questão de saber se essa interferência favorecerá ou não o bem-estar geral se abre à discussão. Mas não há espaço para cogitar dessa questão quando a conduta de uma pessoa não afeta senão os próprios interesses, ou não afeta os interesses dos outros se necessariamente não o querem (todas as pessoas envolvidas tendo atingido a maturidade e gozando do grau ordinário de discernimento). Em todos esses casos, deveria haver perfeita liberdade, legal e social, de praticar as ações e assumir as consequências. (MILL, 2000, p. 116).

Em interpretação a tal princípio, Scarre (2007, p. 85-86) considera ser esta a essência do princípio do dano, de forma mais elaborada e com o importante acréscimo de que, quando as ações de uma pessoa afetam os interesses de outras pessoas adultas de inteligência normal, cabe a elas, e não à sociedade, dar ou recusar seu consentimento.

A síntese a que chega Gray (1981, p. 107), portanto, é que Mill não diz que a coerção nunca é justificada. O que defende é uma política governada pelo princípio de limitar a liberdade apenas por uma questão também de liberdade, reconhecendo que a liberdade individual pode ser justamente limitada considerando “benefícios importantes”, como prevenir danos e sofrimento.

Ocorre que, se considerarmos que a Justiça exige que os benefícios da prevenção de danos e os ônus de danos acidentais e perda de liberdade sejam distribuídos de uma certa maneira, de acordo com o mérito ou o merecimento e respeitando os direitos individuais, é possível, diz Lyons (1997, p. 131), que haja oposição a algumas regras baseadas na prevenção de danos, as quais Mill estaria disposto a aceitar.

Como exemplo, cita o autor, Mill estaria preparado para endossar a regra menos onerosa entre um conjunto de alternativas igualmente eficazes, ou seja, aquela que impede um determinado dano ou conjunto de danos com uma perda mínima de liberdade e um custo mínimo em danos incidentais. “Ao mesmo tempo, podemos imaginar que essa regra seria condenada pela justiça, com o argumento de que ela não distribui benefícios e encargos de maneira equitativa.” (LYONS, 1997, p. 131, tradução nossa).⁸⁶

⁸⁶ At the same time, we can imagine that such a rule would be condemned by fairness on the ground that it does not distribute benefits and burdens equitably.

Para contrabalançar e afastar os riscos de uma possível redução drástica da liberdade, o STF adotou o princípio da proporcionalidade para evitar o sacrifício de direitos fundamentais, especialmente nos casos em que há colisão entre eles.

Entre os casos que destacamos, está o conflito entre a liberdade de expressão dos meios de comunicação e a proteção da criança e do adolescente. Conforme o STF, a própria Constituição da República delineou as regras de sopesamento entre os valores destes direitos. Mesmo havendo garantia constitucional da liberdade de expressão, livre de censura ou licença, a CF/88 conferiu à União, com exclusividade, no art. 21, inciso XVI,⁸⁷ o desempenho da atividade material de “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”.

A Constituição Federal estabeleceu mecanismo apto a oferecer aos telespectadores das diversões públicas e de programas de rádio e televisão as indicações, as informações e as recomendações necessárias acerca do conteúdo veiculado. É o sistema de classificação indicativa esse ponto de equilíbrio tênue, e ao mesmo tempo tenso, adotado pela Carta da República para compatibilizar esses dois axiomas, velando pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão. (BRASIL, 2016a).⁸⁸

Outro exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade em relação à liberdade de expressão ocorreu durante a vigência da Lei Geral da Copa (Lei nº 12.663/2012), quando o STF considerou que houve um “juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte” (BRASIL, 2014).⁸⁹

A ponderação de direitos fundamentais realizada pela Suprema Corte traz elementos modernos de interpretação jurídica, mas guarda semelhança a um princípio presente na doutrina de J. S. Mill, mas não declarado, que ficou conhecido como princípio da equidade, desenvolvido especialmente na revisão inicial feita por John Gray.

Ao tratar sobre o princípio da equidade, Mill propõe quase que um roteiro de aplicação conforme a situação que se apresenta e exija uma decisão, principalmente quando se falar em ocorrência ou prevenção de danos. Em sua ponderação de valores, com predominância do caráter moral, será preciso verificar até que ponto pode-se abrir mão da liberdade para prevenir tais danos, bem como o grau do impacto desse dano em desfavor da liberdade.

⁸⁷ CF/88: Art. 21. Compete à União: [...] XVI – exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;

⁸⁸ ADI 2404, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2016.

⁸⁹ ADI 5136 MC, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2014.

Esse processo trará muito da própria concepção milliana de justiça e das sanções a que uma pessoa pode ser submetida, cuja maior punição sem dúvidas é a perda da liberdade.

Segundo Mill (2000, p. 143-144), os princípios trazidos em “A Liberdade” devem ser admitidos de forma genérica, servindo de base para as discussões antes de qualquer aplicação nos ramos do governo e da moral – e aí poderia se encaixar o Judiciário. Entre estes princípios estão, como vistos, os princípios da liberdade, do dano e da equidade, norteados por duas máximas.

A primeira máxima é que o indivíduo não é responsável perante a sociedade por suas ações, mas somente até o instante em que passe a afetar os interesses de terceiros. Nestes casos, a sociedade pode exprimir conselhos, instruções, persuasões e isolamento pela desaprovação da conduta daquela pessoa.

Como consequência, temos a segunda máxima, a qual afirma que o indivíduo é responsável pelas ações que prejudiquem aos interesses de terceiros. Com isso, o agente fica sujeito à punição social, inclusive a legal, se a sociedade considerar necessário para sua proteção. Seria uma espécie de responsabilidade civil em decorrência dos dados provocados pela conduta da pessoa, seja por sua ação ou omissão, e que gera o dever de reparação.

O objetivo de Mill é que na aplicação destas máximas haja equidade, com a escolha da decisão que limite o mínimo possível a liberdade caso não haja alternativa:

Ofereço não tanto aplicações, mas espécimes de aplicações, as quais podem servir para lançar mais luz sobre o significado e os limites das duas máximas que formam, juntas, toda a doutrina deste Ensaio. **Também podem ajudar o julgamento a se pronunciar, com equidade, todas as vezes em que pareça duvidoso qual das duas máximas se aplica ao caso.** (MILL, 2000, p. 143, grifos nossos).

Uma das grandes indagações feita por Gray (1989, p. 222) está justamente em como devemos pesar uma lesão menor na autonomia contra uma lesão maior na segurança, já que no próprio princípio da liberdade surgem problemas, para ele, insuperáveis de comensurabilidade de quando é preciso fazer trocas entre danos e interesses concorrentes. Para o autor, Mill falha em conferir determinação a seu princípio, pois diferentes políticas de restabelecimento da liberdade, sancionadas como prevenção de danos a outros, “podem afetar os interesses em autonomia e segurança de maneiras muito diferentes”. “Cada interesse pode ser ferido (e promovido) em vários graus.” (GRAY, 1989, p. 222, tradução nossa).⁹⁰

⁹⁰ [...] may effect the interests in autonomy and security in very different ways. Each interest may be injured (and promoted) in varying degrees.

Ocorre que, nesta fase do seu pensamento, Gray (1989, p. 222) parece esperar respostas mais concisas de como “negociar a prevenção de danos contra a restrição da liberdade”, o que em sua visão poderia levar o princípio da liberdade a licenciar políticas extremamente desiguais na distribuição resultante da falta de liberdade. E alerta que uma política de prevenção de danos graves, impondo restrições severas à liberdade de uma minoria, pode ser a estratégia mais eficiente em termos utilitários, especialmente se o princípio da liberdade for interpretado como um princípio geral de prevenção de danos ou como um princípio de conduta prejudicial. Desta vez, John Gray considera que o princípio da equidade que havia proposto é inapto a fazer as compensações necessárias entre dano e liberdade, até porque ele encara Mill como um utilitarista indireto e não de regras.

Embora exista apoio textual para atribuir esse princípio a Mill, permanece a objeção fatal de que, no mundo real com o qual Mill estava preocupado, podemos identificar claramente algumas políticas de prevenção de danos que são claramente desiguais, mas maximamente eficientes. Nesses casos, a adesão a um Princípio da Equidade é indefensável em termos utilitários. Não vejo como sair desse dilema para Mill. (GRAY, 1989, p. 222, tradução nossa).⁹¹

Por fim, Gray (1989, p. 223-224) diz que o utilitarismo de Mill é incapaz de fazer julgamentos comparativos de bem-estar agregado, o que justificaria a dificuldade de se aplicar um princípio de equidade.

A noção de direitos morais encampada por Mill e da justiça em si terão um peso relevante nesta ponderação e ajudarão a esclarecer se o princípio da equidade pode ou não dar conta de solucionar este conflito entre direitos fundamentais. Gray (1989, p. 133) afirma que Mill reconhece que a justiça é uma categoria mais ampla que a dos direitos, mas a coloca como corporificação do direito moral de todos à segurança. Este direito, assim como a concepção do STF, não tem caráter absoluto, podendo ser justificadamente violado, especialmente se considerado o bem-estar geral. “[...] dentro da bússola do relato de justiça que ele dá em termos utilitários, Mill argumenta que a segurança deve receber o status de um direito moral de peso, em circunstâncias comuns irrevogáveis por considerações de bem-estar geral.” (GRAY, 1989, p. 133, tradução nossa).⁹²

⁹¹ Though there is textual support for attributing such a principle to Mill, there remains the fatal objection that, in the real world with which Mill was concerned, we can clearly identify some harm-prevention policies that are plainly inequitable but maximally efficient. In those cases, adhering to a Principle of Equity is indefensible in utilitarian terms. I see no way out of this dilemma for Mill.

⁹² [...] within the compass of the account of justice he gives in utilitarian terms, Mill argues that security is to be accorded the status of a weighty moral right, in ordinary circumstances infeasible by considerations of general welfare.

Não se trata de um sacrifício, mas de buscar um equilíbrio, embora Gray (1989, p. 152), em sua fase mais crítica em relação às teorias de Mill e modificando seu posicionamento, considere que a referência ao princípio da liberdade não retira o risco da desigualdade na distribuição da liberdade e de prejuízo a interesses vitais, no caso autonomia/individualidade e segurança.

De fato, se considerarmos que toda decisão passa pelo arbítrio de um juiz, por mais imparcial que intente ser, a possibilidade de desequilibrar a relação entre direitos fundamentais colidentes existe, por isso a importância de um colegiado e dos entendimentos poderem ser revistos em novos casos que provoquem a Corte. O perigo de uma insegurança jurídica é um resultado aceitável diante de uma decisão que se afaste da equidade ou da proporcionalidade.

A respeito da importância da imparcialidade da justiça, Mill (2000, p. 247) verifica ser um atributo obrigatório por se tratar de direitos, tratando-se principalmente de uma obrigação mais geral de “dar a cada um o que é seu de direito”.

Um tribunal, por exemplo, deve ser imparcial, porque tem por obrigação adjudicar um objeto em litígio àquela das duas partes que a ele tenha direito, sem atender a nenhuma outra consideração. Há outros casos em que a imparcialidade significa não se deixar influenciar senão pelo mérito; [...] E há, ainda, casos em que a imparcialidade significa deixar-se influenciar unicamente pela consideração do interesse público [...]. Em resumo, pode dizer-se que imparcialidade, como obrigação de justiça, significa deixar-se influenciar exclusivamente pelas considerações que se supõe devam influir no caso particular em questão, e resistir à solicitação de quaisquer motivos que levem a adotar uma conduta diferente da que essas considerações ditariam. (MILL, 2000, p. 247).

A concepção de justiça de Mill, portanto, não tem apenas este forte apelo à segurança, como cita John Gray. A preocupação com a imparcialidade e à devida distribuição de direitos, logo à equidade, está presente no pensamento do filósofo inglês, ainda que de forma implícita.

Na visão de Devigne (2006, p. 177-178), a noção de justiça de Mill ultrapassa a antiga ênfase na ética centrada na virtude e no ideal contemporâneo de uma moralidade que governa as regras, já possuindo um caráter moderno.

De um lado, a justiça para Mill é, primariamente – embora não exclusivamente –, uma virtude negativa que se concentra em não prejudicar os outros; “é a obrigação moral preeminente, pois se centra na própria existência da sociedade”, baseada em “regras precisas e aplicada com violência”.

Por outro lado, diz o autor, Mill também define justiça como uma disposição ética que reflete o caráter dos agentes. “É o autocontrole do indivíduo justo que é sua característica

definidora. O poder punitivo da lei não é necessário para impedi-lo de prejudicar os outros e a sociedade.” (DEVIGNE, 2006, p. 178, tradução nossa).⁹³

O professor espanhol de filosofia política José Manuel Bermudo Ávila explica de forma clara a diferença entre sanções morais e sanções positivas presentes em “A Liberdade”. Quando Mill (2000, p. 120) considera que “atos prejudiciais a outros” constituem “objetos adequados de reprovação moral e, em casos graves, de represálias morais e punição”, refere-se a todos aqueles atos contrários aos direitos de terceiros. “Portanto, o domínio da moralidade se estende ao campo político e social.” (BERMUDO, 1992, p. 113, tradução nossa).⁹⁴

No entanto, o que Mill (2000, p. 121) chama de “defeitos pessoais”, como gostos rudes e hábitos degradados, “não são propriamente imoralidades e não constituem iniquidade, seja qual for o grau que atinjam”.

Parece que Mill reduz os “deveres para conosco” à prudência, respeito próprio e autodesenvolvimento. Mas essas áreas não são morais, ou seja, não tornam culpados aqueles que não cumprem suas regras; são apenas áreas de conveniência ou recomendação, que geram desprezo, mas não dever. (BERMUDO, 1992, p. 113, tradução nossa).⁹⁵

Como conclusão, Bermudo (1992, p. 113-114) observa que “o cálculo de consequências favoráveis” não decide a obrigação moral, já que existem ações convenientes, pois derivam do bem-estar individual e social, mas que não são obrigatórias e, portanto, não podem ser exigidas porque falta uma regra.

Do mesmo modo, existem regras prescritas pela sociedade, obrigatórias a serem cumpridas e que não são, no entanto, morais. “Pela primeira vez, vemos que as “regras morais” são liberadas do circuito estreito de legitimação positivista, em oposição às “regras prudenciais”, que parecem inexoravelmente subordinadas a sua legitimação indutiva permanente.” (BERMUDO, 1992, p. 114, tradução nossa).⁹⁶

Essa diferenciação presta um auxílio importante na ponderação do juízo, que deve preservar o máximo possível a individualidade e punir efetivamente pela violação das normas

⁹³ It is the self-control of the just individual that is his defining characteristic. The punitive power of the law is not required to prevent him from harming others and society.

⁹⁴ Por tanto, el dominio de la moral se extiende al campo político y social.

⁹⁵ Parece que Mill reduce el “deber para consigo mismo” a la prudencia, el autorespeto y el autodesarrollo. Pero estos ámbitos no son morales, es decir, no hacen culpable a quienes no cumplan sus reglas; sólo son ámbitos de la conveniencia o la recomendación, que generarán desprecio, pero no deber.

⁹⁶ Por primera vez vemos que las “reglas morales” se liberan del estrecho circuito de legitimación positivista, a diferencia de las “reglas prudenciales”, que parecen inexorablemente subordinadas a su legitimación inductiva permanente.

legais considerando o dano causado. Mesmo assim, os conflitos permanecem e dificilmente serão superados sem o exercício de um juízo, não aquele moral ou de valor, mas legal.

O grande diferencial do ideal de justiça presente em Mill, portanto, é a própria isonomia. Como afirma Devigne (2006, p. 178), ao invés da ênfase na segurança, está na igualdade a principal força do senso de justiça milliano, tendo como meta a busca da elevação da individualidade e da perfeição humana. “A vantagem da concepção moderna de justiça que garante a igualdade natural de todos é a capacidade de gerar a maior variedade de modos de vida, o que permite que os indivíduos realizem suas capacidades naturais distintas.”⁹⁷

Não restam dúvidas de que considerar o princípio da equidade de Mill, buscando não reduzir a liberdade, seja de forma individual ou abrangendo a coletividade, atende aos anseios de seu liberalismo e também de seu utilitarismo, que transita em nossa interpretação entre o utilitarismo de regras e o utilitarismo indireto.

As particularidades do caso concreto em que se invoca o dano serão determinantes para atingir este fim.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar tais casos, deve realizar estrita observância do conjunto probatório e da situação fática, delimitando sua própria atividade jurisdicional (BRASIL, 2015c).

4.1 Discurso de ódio: entre a proteção e a proibição

Um dos debates mais relevantes e apaixonantes quando se trata da liberdade de expressão aparece nas discussões de sua relação com o discurso de ódio. Estariam opiniões de conteúdo antissemita, preconceituoso, racista e intolerante, abarcadas pela proteção do direito fundamental à liberdade de expressão? Tal indagação permeia os embates jurídicos e filosóficos, mas a resposta, que em um primeiro momento pode parecer simples, especialmente considerando a construção dos direitos humanos pós Segunda Guerra Mundial, é mais complexa do que aparenta.

Primeiro, é preciso analisar como o STF construiu a linha de entendimento que afasta o discurso de ódio do ordenamento jurídico brasileiro e se esse caminho está em consonância com o pensamento de J. S. Mill.

⁹⁷ The advantage of the modern conception of justice that ensures the natural equality of all is the ability to generate the greatest variety in ways of life, which allows individuals to realize their distinct natural capacities:

O caso paradigma para este embate entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio no âmbito da Suprema Corte brasileira se deu no Habeas Corpus 82.424, que ficou conhecido como caso Ellwanger. Nele, o enfoque foi especialmente sobre a negação do Holocausto e a disseminação do antissemitismo, com críticas e acusações abertas contra o povo judeu e a defesa do regime nazista.

Em síntese, o editor Siegfried Ellwanger, absolvido no primeiro grau de jurisdição, foi condenado a dois anos de reclusão como incurso no “caput” do artigo 20 da Lei nº 7.716/1989,⁹⁸ por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa Revisão Editora Ltda., editado, distribuído e vendido ao público obras antissemitas de sua autoria (“Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século”) e da autoria de autores nacionais e estrangeiros (“O Judeu Internacional” de Henry Ford; “A História Secreta do Brasil”, “Brasil Colônia de Banqueiros” e “Os Protocolos dos Sábios de Sião”, os três de Gustavo Barroso; “Hitler – Culpado ou Inocente?” de Sérgio Oliveira; e “Os conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra” de Louis Marschalko”).

De acordo com o STF, escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei nº 7.716/1989, artigo 20) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII)⁹⁹ (BRASIL, 2003).

Importante frisar que o Supremo consolidou entendimento no sentido de que, com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. “Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.” (BRASIL, 2003).

Logo, não há de se falar em divisão dos seres humanos em raças, já que isso é resultado de um processo de conteúdo meramente político-social. “Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.” (BRASIL, 2003).

A questão do discurso de ódio envolvendo os judeus, afirma o STF, tem como fundamento o núcleo do pensamento do nacional-socialismo, que vê judeus e arianos como raças

⁹⁸ Lei 7.716/1989: Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

⁹⁹ CF/88: Art. 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

distintas. Os primeiros seriam “raça inferior, nefasta e infecta”, o que seria suficiente para justificar a segregação e o extermínio, gerando uma “inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado democrático”. Tais estigmas, por si só, evidenciam o crime de racismo:

Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. (BRASIL, 2003).

O STF, dessa forma, afasta qualquer possibilidade de se aceitar esse tipo de discurso, embasado sobretudo nos direitos humanos e também pela adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que repudiam de forma enérgica quaisquer discriminações raciais, quais sejam, as distinções por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, “inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o antissemitismo”. Isso mostra porque o delito é imprescritível, estando previsto na própria CF/88 para que fique “*ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática” (BRASIL, 2003).

A Corte cita ainda o exemplo de outros países organizados sob a forma do Estado moderno de Direito democrático e que também adotam punições legais para delitos que estimulem e propaguem a segregação racial, entre eles manifestações da Suprema Corte norte-americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia, nos EUA, “que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo” (BRASIL, 2003).

Mas o mero exercício da liberdade de expressão é suficiente para consubstanciar o crime de racismo?

Para o STF, a edição e publicação de obras escritas com a veiculação de ideias antissemitas, cujo objetivo é resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o Holocausto, baseadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, “equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam” (BRASIL, 2003).

No caso examinado, os ministros constataram que o agente agiu de forma explícita e dolosa para disseminar a “equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso”. “Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham.” (BRASIL, 2003).

De forma clara, o Supremo considera abusivo e danoso a propagação de ideias com caráter racista, discriminantes, preconceituosas, antissemitas e intolerantes, sem espaço, portanto, no nosso Estado Democrático de Direito e desconectadas com os direitos humanos.

Neste sentido, o STF diz que as liberdades públicas não são incondicionais, devendo ser exercidas de maneira harmônica, com observância aos limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).¹⁰⁰ Assim, o preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, já que “um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra”, prevalecendo os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica (BRASIL, 2003).

No Estado de Direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. (BRASIL, 2003).

Por tais razões, manter a imprescritibilidade nos crimes de racismo serve como alerta grave para as gerações atuais e futuras, “para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admite” (BRASIL, 2003).

A linha de pensamento adotada pelo STF mostra a preferência por uma das duas interpretações que consideramos mais recorrentes e que tem a ver com o princípio de dano estabelecido por Mill, já que o discurso de ódio provoca prejuízos à coletividade e ofende ao próprio grupo, formado geralmente pelas minorias.

É preciso, todavia, verificarmos mais a fundo a segunda interpretação, até porque referido acórdão foi firmado por maioria de votos – e não de forma unânime –, sendo vencidos

¹⁰⁰ CF/88: Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio Mello e Carlos Ayres Britto, os quais, com exceção do primeiro, que se ateuve mais a uma questão de Direito Penal, realizaram uma ponderação do discurso de ódio com a liberdade de expressão.

A visão de que a liberdade de expressão deva prevalecer aparece conectada de maneira ainda mais forte ao ensaio de Mill, já que o filósofo defende a ampla discussão e o debate sadio, importando tanto as opiniões verdadeiras como as falsas. Ambos os lados merecem ser divulgados, sendo um erro suprimir quaisquer um deles, mesmo os imorais. Impedir a defesa de uma opinião implicaria em presumir a própria infalibilidade (MILL, 2000, p. 38-39), algo temeroso e que leva à prática da censura, do autoritarismo e esvazia as discussões, tornando a sociedade passiva e alienada.

O fato de uma das opiniões ser falsa justificaria ainda mais o debate intenso, reforçando a verdade. Ao se negar o Holocausto e colocar os judeus como um povo inferior, a necessidade de rechaçar tal posicionamento mostra-se ainda maior, especialmente levando-se em conta os direitos humanos. Isso resultaria, seguindo-se a filosofia milliana, no próprio progresso humano, já que o indivíduo tem a oportunidade de julgar, por si, pontos de vista falsos e até mesmo imorais e repugnantes ao padrão de uma sociedade calcada na democracia.

A grande questão, portanto, é saber até que ponto o discurso de ódio acarreta em uma **“instigação positiva a algum ato danoso”**, o que na concepção de Mill faria com que este tipo de opinião perdesse a sua imunidade, incorrendo no próprio princípio do dano (MILL, 2000, p. 85, grifos nossos).

De maneira geral, Sumner (2000, p. 133) observa que o tema carrega um argumento difícil aos liberais, pois expõe o conflito entre os valores da liberdade e da igualdade, ambos centrais em sua moralidade política. Segundo ele, defender o direito de alguém de ameaçar os próprios ideais de tolerância e respeito mútuo não é tarefa simples, pelo fato destes ideais serem os pilares de uma sociedade livre e civil. Para responder a este dilema, a maioria dos teóricos liberais contemporâneos pende pela liberdade de expressão, opondo-se a qualquer forma de restrição legal ou regulamentação da literatura de ódio. O principal expoente desta corrente são os EUA, que oferecem proteção jurídica quase absoluta ao discurso racista.

Pelo fato de o discurso de ódio ser profundamente ofensivo às vítimas e socialmente desagregativo, Brink (2001, p. 119-120) diz que a regulamentação, com restrição à fala, pode parecer a resposta correta, mas por outro lado existem as preocupações libertárias em limitar a busca pela igualdade. Assim, embora se possa abominar o discurso de ódio e seus efeitos, a cura pode ser tão ruim quanto a doença, estando em jogo questões constitucionais e de moralidade política.

As liberdades de expressão estão entre nossas liberdades mais fundamentais. Ideias ofensivas fazem parte do preço que se deve pagar para proteger esses direitos constitucionais. Sendo assim, pode parecer que a resposta correta ao discurso de ódio seja mais discurso – discurso presumivelmente igualitário que condena o discurso de ódio – e não a restrição do discurso. (BRINK, 2001, p. 119, tradução nossa).¹⁰¹

O pensamento de Mill, para Sumner (2000, p. 133), será instrutivo na análise destes problemas lançados pelo discurso de ódio, já que o liberalismo do filósofo inglês continua relevante até os dias atuais. Diferente da teoria liberal contemporânea, o autor enxerga os liberais clássicos como menos relutantes em fundamentar sua teoria política e, portanto, mais dispostos a apoiar uma determinada concepção da vida boa (*good life*). “Como defensor de uma teoria moral utilitária e de uma ‘teoria da vida’ que atribuiu um alto valor à individualidade e ao autodesenvolvimento, J. S. Mill é o teórico clássico paradigmático em ambos os aspectos”,¹⁰² o que apenas reforça a importância de verificar sua influência no modo em que as restrições legais à literatura de ódio devem – ou deveriam – ser tratadas.

O caso, no entanto, será difícil até para Mill, justamente por conta das duas interpretações que trouxemos anteriormente, isto é, de um lado, o princípio do dano e, de outro, a ampla proteção à liberdade de expressão em nome do debate, da busca pela verdade e contra a censura.

De acordo com Sumner (2000, p. 134-135), as razões para pensar que Mill estenderia a proteção legal ao discurso e literatura de ódio são bastante fortes, talvez até esmagadoras. O filósofo e professor canadense enumera sete motivos: a literatura de ódio expressa opiniões; estas opiniões são políticas, fazendo parte daquela gama que ele considera essencial proteger: “a moral, a religião, a política, as relações sociais e as questões da vida” (MILL, 2000, p. 57); as liberdades de Mill são absolutas, devendo “existir a mais plena liberdade de professar e discutir, como questão de convicção ética, qualquer doutrina, não importa quão imoral a possam considerar” (MILL, 2000, p. 28); as mentiras da literatura de ódio, sua impopularidade, o tom do seu discurso e a ofensividade presente são irrelevantes para sua proteção.

Sobre os seus últimos apontamentos, Sumner (2000, p. 135) afirma que, para Mill, a verdade de uma opinião não é necessária para sua proteção, nem a falsidade é suficiente para sua supressão, ainda que seja odiosa, já que por mais imoral que seja uma opinião, os motivos

¹⁰¹ Freedoms of expression are among our most fundamental liberties. Offensive ideas are part of the price one must pay to protect these constitutional rights. This being so, it might seem that the correct response to hate speech is more speech – presumably egalitarian speech condemning hate speech – not the restriction of speech.

¹⁰² As the advocate of both a utilitarian moral theory and a “theory of life” that assigned a high value to individuality and self-development, J. S. Mill is the paradigmatic classical theorist in both respects.

de sua proteção permanecem intactos. Do mesmo modo, o status minoritário das opiniões racistas, considerando que a maior parte da sociedade é contrária a elas, também não importa. Mill, diz o autor, ainda está comprometido com a visão de que, por mais ofensiva que seja uma opinião, isso não pode constituir um fundamento legítimo para sua repressão.

Com base nestes argumentos, a tendência natural seria concluir que os princípios millianos sustentam a visão libertária, condenando a regulamentação do discurso de ódio. E talvez, neste momento de nossa análise, realmente o seja. Mas a posição de Mill é mais complicada do que aparenta.

Segundo Brink (2001, p. 120), um entendimento adequado da defesa de Mill da liberdade de expressão e de outras liberdades exige entender o modo como ele pensa que certas liberdades de pensamento, expressão e ação são essenciais para o exercício de nossas capacidades mais elevadas, em particular de nossas capacidades deliberativas. Mas se nossa concepção de liberdades fundamentais é governada por valores deliberativos, então o caso contra a regulação do discurso do ódio não é tão claro, pois é discutível que o discurso do ódio não avança, mas sim retarda, os valores deliberativos.

Entra novamente em cena o princípio do dano, o qual justifica restringir a liberdade caso as ações provoquem dano ou ameacem acarretar dano iminente a terceiros, bem como a segunda parte desta análise interpretativa sob o viés da regulamentação ou limitação ao discurso de ódio.

Primeiramente, é preciso diferenciar o discurso de ódio de outros tipos de ações. Conforme Brink (2001, p. 131), discurso de ódio é expressão que difama ou assedia com base na raça, gênero, orientação sexual ou outras formas associadas aquele grupo que é alvo dos ataques. Já os crimes de ódio são formas de mau comportamento criminoso motivadas por discriminação ou preconceito, cujas sentenças são mais severas.

Outra distinção, feita por Feinberg (1997, p. 147-148), está nas características do que chama de “ofensa profunda” (*profound offense*), as quais contrastam com as ofensas dos “incômodos comuns” (*ordinary nuisances*).

As ofensas profundas, explica o autor, possuem um “tom” de sentido expressivamente diferente. São mais intensas, profundas, abaladoras, sérias e ainda mais suscetíveis de causar danos por sua obsessão àqueles que as experimentam, enquanto que com o “incômodo” encontramos inevitáveis sugestões ligadas à trivialidade. Mesmo quando não se percebe diretamente a conduta ofensiva, pode-se ofender “com a própria ideia”. A ofensa profunda não pode ser evitada desviando os olhos. Ela ofende porque se acredita estar errada, e não se crê estar

errada porque causa ofensa (FEINBERG, 1997, p. 147-149). As questões relacionadas ao nazismo se encaixariam nesta concepção.

No caso das ofensas raciais, Feinberg (1997, p. 149) verifica aí a fusão dos dois tipos de ofensa. “A indignação da vítima é profunda porque é causada por uma afronta chocante às suas mais profundas sensibilidades morais, mas também é vítima da violação ou ameaça do comportamento ofensivo.”¹⁰³

Conforme Altman (1993, p. 306), aqueles que defendem a regulamentação do discurso de ódio argumentam que este tipo de expressão causa sérios danos às pessoas que são os alvos dessa fala. Entre os prejuízos mais básicos, estão os danos psicológicos. “Mesmo quando não envolve ameaça direta de violência, o discurso de ódio pode causar permanentes sentimentos de medo, ansiedade e insegurança naqueles a quem é direcionado”.¹⁰⁴

Afirma o autor que os símbolos e a linguagem do discurso de ódio evocam memórias históricas de perseguição violenta e podem incentivar o medo da violência atual. Há ainda o risco de causarem uma série de outros danos, desde sentimentos de isolamento e perda de autoconfiança, até problemas físicos associados a distúrbios psicológicos mais graves.

Para Brink (2001, p. 146), ao calcular os danos causados pelo discurso de ódio, é preciso considerar não apenas esses impactos psíquicos, mas também os efeitos adversos nos interesses deliberativos, já que o discurso de ódio expressa atitudes viscerais, convida a reações desarticuladas e mina a cultura do respeito mútuo, necessária para a expressão efetiva e consideração justa de diversos pontos de vista. “Esse é um custo deliberativo que todos os membros da comunidade pagam, mas as vítimas do discurso de ódio claramente suportam a maior parte desse custo”.¹⁰⁵

A questão, para Altman (1993, p. 306), é se este potencial de infligir danos representa motivo suficiente para algum tipo de regulamentação do discurso de ódio, já que, pela perspectiva liberal, existe um ponto de discórdia fundamental em aceitá-los como justificativa para a regulação. O problema, alerta ele, é que formas de discursos racista, sexista ou homofóbico em que parcela dos liberais está comprometida em proteger podem causar justamente os tipos de danos que a justificção proposta evoca.

¹⁰³ The victim's outrage is profound because it is caused by a shocking affront to his or her deepest moral sensibilities, but he or she also happens to be the violated or threatened victim of the affronting behavior.

¹⁰⁴ Even when it involves no direct threat of violence, hate speech can cause abiding feelings of fear, anxiety, and insecurity in those at whom it is targeted.

¹⁰⁵ This is a deliberative cost that all members of the community pay, but the victims of hate speech clearly bear the biggest share of this cost.

Na visão de Brink (2001, p. 146), considerando a importância dos interesses deliberativos no relato de Mill sobre a felicidade humana e na especificação de interesses e liberdades fundamentais, os efeitos adversos do discurso de ódio sobre seus alvos devem ser considerados danosos, o que seriam razões suficientes para reputar o discurso de ódio como prejudicial – e não apenas ofensivo. Ao extrapolar o *laissez-faire* e causar um desequilíbrio, o discurso de ódio se torna passível de regulação.

Como o discurso de ódio é tipicamente praticado contra membros de grupos historicamente marginalizados por pessoas que não são membros de tais grupos, e como nesses casos a história da marginalização torna o discurso de ódio especialmente prejudicial, os custos do *laissez-faire* caem desproporcionalmente sobre aqueles que já são objetos de discriminação e marginalização. (BRINK, 2001, p. 146).¹⁰⁶

Desse modo, Altman (1993, p. 306-307) diz que os liberais favoráveis à regulamentação alegam que haveria um valor praticamente nulo à sociedade se o discurso de ódio fosse proibido, enquanto formas políticas, científicas, religiosas e filosóficas do discurso de ódio possuem algum valor significativo.

A regulação do discurso de ódio, portanto, mostra-se um caminho mais viável que a proibição e uma forma de controlar os danos infligidos. A proposta de Brink (2001, p. 131), tendo em vista estas importantes considerações, é que o Estado, embora possa criminalizar o discurso de ódio, também pode realizar a sua regulação, o que dispensaria a invocação da lei penal. “Pode ser reconhecido como um ato ilícito na lei civil, e várias instituições e associações podem proibir seus membros de se envolverem em discursos de ódio, impondo vários tipos de sanções pela não conformidade.”¹⁰⁷

Um caminho semelhante é adotado por Hylton (1996, p. 42), para quem a teoria de Mill “claramente apoia a regulamentação da conduta de ódio”, mesmo criando uma preocupação de que, ao fazê-la, restringirá a liberdade de expressão. Por isso o autor procura diferenciar a “conduta de ódio” do “discurso de ódio”. Ao mesmo tempo, protege o discurso de não-ódio contra a intervenção do Estado. A razão disso, diz o professor de Direito norte-americano, é que a conduta de ódio atravessa a importante barreira entre uma atividade de “autoproteção”

¹⁰⁶ Because hate speech is typically practiced against members of historically marginalized groups by people who are not members of such groups, and because in these cases the history of marginalization makes hate speech especially harmful, the costs of *laissez-faire* fall disproportionately on those who are already objects of discrimination and marginalization.

¹⁰⁷ It might be recognized as a tort in civil law, and various institutions and associations might prohibit their members from engaging in hate speech, imposing various kinds of sanctions for noncompliance.

(*self-regarding*) – que é uma atividade que visa e afeta a si mesma –, e uma atividade que visa e afeta adversamente os interesses reconhecidos de terceiros.

A regulação, que pode se dar na forma de intervenção ou interferência estatal, não tem um apoio tão claro assim na doutrina de Mill, especialmente porque é uma das últimas alternativas adotadas pelo filósofo e seu antipaternalismo, razão pela qual só poderia ser colocada em prática na constatação de um dano, o que é presumível na prática de um crime. O sacrifício de um direito em detrimento ao outro, todavia, deve ser o menos traumático possível, por isso a interferência pela via da regulamentação pode vir a ser aceitável.

Assim, Brink (2001, p. 146-147) argumenta que os regulamentos do discurso de ódio podem satisfazer um rigoroso escrutínio, pois é razoável supor que “exista um interesse convincente em impedir que alguns cidadãos causem sofrimento emocional a outros, em manter um clima de tolerância e respeito mútuos”, com cada pessoa podendo deliberar efetivamente sobre assuntos privados e públicos, e, por último, para garantir uma distribuição justa dos custos de manutenção de um sistema de liberdades fundamentais. “Qualquer regulamentação do discurso de ódio teria que satisfazer o teste de meios menos restritivo.”¹⁰⁸

Ocorre que hoje, observa Himmelfarb (1993, p. 544), o escopo da intervenção do governo foi estendido de questões físicas e materiais (saúde e segurança, salários e horas, indústria e meio ambiente) às chamadas questões “sociais” – integração racial, igualdade sexual, ação afirmativa, educação multicultural e quaisquer outras políticas consideradas socialmente desejáveis.

Esses objetivos, diz a autora, podem parecer tão convincentes que exigem uma suspensão até da mais absoluta das liberdades, a liberdade de expressão. Assim, alguns liberais favorecem a proibição do “discurso de ódio” – discurso depreciativo para as minorias – enquanto defendem veementemente a liberdade do discurso obsceno, pornográfico ou blasfemo, incluídos na categoria de “discurso simbólico” e podendo “gozar de toda a liberdade aderente ao discurso, enquanto o ‘discurso de ódio’ pode ser processado como uma violação dos direitos civis.”

Isso se deve, afirma ela, pelo fato de que a combinação e disjunção entre “paternalismo” e “individualismo” se tornaram tão familiares e incorporadas na lei e nos costumes que os liberais raramente se sentem incomodados.

¹⁰⁸ Any hate speech regulation would have to satisfy the least restrictive means test.

“Tornou-se um fato da vida, das muitas ‘contradições culturais’ da modernidade que não são mais vistas como ‘problemas’ porque atingiram o status de ‘condições’.” (HIMMELFARB, 1993, p. 544, tradução nossa).¹⁰⁹

Essa acomodação, no entanto, não deixa de ser um problema, porque, verifica a historiadora norte-americana, levanta questões fundamentais sobre o princípio da liberdade que está no cerne da modernidade:

Não são apenas as próprias contradições que são problemáticas; são os pressupostos subjacentes a eles. Por que é apropriado que o governo proíba alimentos insalubres, mas não filmes sádicos, controle a poluição do meio ambiente, mas não da cultura, evite a segregação racial, mas não a degradação moral? Parece haver um duplo padrão de valores e prioridades em ação aqui. (HIMMELFARB, 1993, p. 544, tradução nossa).¹¹⁰

Para ponderar alguns aspectos do que foi tratado até aqui, o valor da verdade é colocado em destaque por Crisp (1997, p. 191). De acordo com ele, Mill não permite que sentimentos de ofensa – exceto como respostas a atos indecentes ou embaraçosos – sejam considerados como dano suficiente para justificar a intervenção. Portanto, oradores racistas, por exemplo, não podem ser silenciados com o argumento de que incomodam terceiros.

É preciso, no entanto, ser lembrada a concepção moralizada de dano presente na obra de Mill. A ofensa, diz Crisp (1997, p. 191), por si só não pode justificar a supressão, a menos que esteja alinhada com a parte da moralidade costumeira legitimada pelo princípio da utilidade, como é o caso da decência comum.

Para Hylton (1996, p. 44-45), isso faz com que o discurso de ódio seja a área mais difícil de se ponderar justamente porque é um discurso e, assim sendo, evoca preocupações com a liberdade de expressão. Da mesma maneira, é preciso detectar se cruza ou não a fronteira entre a ação de autoproteção (*self-regarding*) e a proteção de terceiros (*other-regarding*), o que é inteiramente uma questão de normas ou convenções. Se, dadas as normas existentes, o discurso é inequivocamente de ódio, pode ser regulamentado, mas é importante que o Estado reconheça as normas de uma maneira que crie uma presunção de que não haverá restrição.

¹⁰⁹ It has become a fact of life, of the many “cultural contradictions” of modernity that are no longer seen as “problems” because they have attained the status of “conditions”.

¹¹⁰ It is not only the contradictions themselves that are troublesome; it is the assumptions underlying them. Why is it proper for the government to prohibit insalubrious foods but not sadistic movies, control the pollution of the environment but not of the culture, prevent racial segregation but not moral degradation? There would seem to be a double standard of values and priorities at work here.

Deve haver liberdade para os indivíduos adotarem estilos de vida distintos, o que pode envolver diferentes formas de falar. Por esse motivo, qualquer esforço para regular o discurso de ódio obviamente implica nas preocupações de Mill sobre a liberdade de expressão. No entanto, a teoria de Mill não justifica uma proibição absoluta dos esforços para regular o discurso de ódio. (HYLTON, 1996, p. 45, tradução nossa).¹¹¹

Em decorrência disso, surge uma série de questões colocadas por Crisp (1997, p. 191). Como descobrir o que é ou não permitido pela “moral habitual”? E se não houver proibição a discursos racistas? Essa seria uma das áreas em que Mill alegaria que a moralidade costumeira é defeituosa, dadas as terríveis consequências que decorrem do racismo? “E isso nos forneceria um argumento para silenciar os racistas, assim como proibimos as pessoas de andar nuas ou se prostituírem na rua.”¹¹²

Ocorre que, pela análise de Crisp (1997, p. 191-192), Mill valoriza tanto a verdade que discordaria em silenciar as opiniões racistas, afastando qualquer censura sob o argumento de que se estaria protegendo crenças de valor utilitário para a sociedade.

Mill tem dois argumentos contra essa posição. Um argumento é que o censor está assumindo infalibilidade em um ponto diferente, a saber, se a crença é útil ou não. O segundo argumento, talvez mais forte, é que ‘nenhuma crença contrária à verdade pode ser realmente útil’. Mill descreve essa visão como a dos ‘melhores homens’, e podemos considerar que ele se inclui entre eles. (CRISP, 1997, p. 192, tradução nossa).¹¹³

Nesta direção, Schauer (2012, p. 130-131) aponta que este é um dos cerne da reivindicação de Mill, devendo ter maior relevância ao considerar a possibilidade de proibições legais à negação do Holocausto, por exemplo, pois ingressa no campo de se proibir a expressão daquilo que parece claramente falso. Tal argumento nos remete à falibilidade e, segundo o autor, é o componente de “A Liberdade” que tem sido mais influente na formação da cultura ocidental da liberdade de expressão. Isso porque, até mesmo o que acreditamos ser mais verdadeiro pode ser falso, bem como o que estamos convencidos seja falso, pois na realidade pode

¹¹¹ There must be freedom for individuals to adopt different lifestyles, which may involve different ways of speaking. For this reason, any effort to regulate hate speech obviously implicates Mill's concerns about freedom of thought. However, Mill's theory provides no justification for an absolute ban on efforts to regulate hate speech.

¹¹² And this would provide us with an argument for silencing the racists, just as we forbid people to walk naked or fornicate in the street.

¹¹³ Mill has two arguments against this position. One argument is that the censor is assuming infallibility at a different point, viz, on the question of whether the belief is useful or not. The second, perhaps stronger, argument is that 'no belief which is contrary to truth can be really useful'. Mill describes this view as that of 'the best men', and we can take it that he includes himself among them.

ser verdade. Afirmar o contrário não é apenas assumir nossa própria infalibilidade, mas também “correr o risco de perder as verdades reais que agora são erroneamente rejeitadas”.

Somente ao permitir a expressão daquilo que mais fervorosamente e confiadamente acreditamos ser falso, ele argumenta, retemos a possibilidade de aprender novas verdades e de rejeitar como falso aquilo que agora consideramos erroneamente verdadeiro. (SCHAUER, 2012, p. 130-131, tradução nossa).¹¹⁴

Uma saída trazida por Hylton (1996, p. 45) é considerar que as normas que seriam relevantes na área do discurso de ódio estão incorporadas em nossos códigos criminais, com disposições que regem agressão, conduta desordeira, ameaças, assédio e intimidação. As regras e a jurisprudência que interpretam essas disposições refletem as normas adotadas pela sociedade. Mais uma vez, o autor defende que uma regulação do discurso de ódio seria consistente com a teoria de Mill se exigisse penalidades por violar disposições que tipificam a perseguição quando o objetivo do agressor é coagir um indivíduo por causa da raça, religião, grupo étnico ou afiliação política. O cuidado que se deve tomar é evitar que a regulação seja usada para forçar outras pessoas a atingir um ideal ao invés de evitar danos.

A ênfase, até certo ponto exagerada dada por Mill à verdade, também é questionada por Crisp (1997, p. 192-193), já que, se as opiniões mantidas pela sociedade forem verdadeiras, qual seria o problema em suprimir a expressão de visões falsas e inconsistentes com ela? O próprio professor responde, no sentido de que esta vertente depende de uma distinção entre conhecer a verdade e acreditar em um dogma, trazendo uma importante afirmação do filósofo inglês: “As pessoas devem ao menos ser capazes de defender contra as objeções comuns todas as crenças relativas a questões em que seja de fundamental importância crer corretamente.” (MILL, 2000, p. 56).

O professor Frederick Schauer (2012, p. 132), abordando a temática da negação do Holocausto, faz um contraponto a esta colocação e reflete que pode haver argumentos para restringir a negação do Holocausto que não estão relacionados à questão de saber se o Holocausto realmente aconteceu ou se é apenas um mito socialmente útil. De acordo com ele, mesmo que o Holocausto não tivesse ocorrido, ou mesmo se as reivindicações de sua magnitude fossem grosseiramente exageradas, pode ser, no entanto, que aceitar o fato e o tamanho do Holocausto seja importante para diminuir as manifestações do antissemitismo.

¹¹⁴ Only by permitting the expression of that which we most fervently and confidently believe to be false, he argues, do we retain the possibility of learning new truths and of rejecting as false that which we now mistakenly take to be true.

Na sequência de sua reflexão, Schauer (2012, p. 132-133) afirma que Mill, de maneira implícita, trata o aumento do conhecimento como um valor que tem uma prioridade lexical sobre todos os outros valores.

Para o autor, Mill se coloca numa posição estranha para um utilitarista declarado, pois pressupõe que o bem intrínseco do conhecimento é de maior valor que qualquer outro bem humano e é tão maior que “nenhuma quantidade de benefício não-sistêmico vale o custo do menor sacrifício de maior conhecimento”, negligenciando a possibilidade de que vários benefícios não-sistêmicos possam valer o custo de alguma perda epistêmica.

Segundo Cohen-Almagor (2000, p. 14-15), o perigo na difusão do pensamento racista está no fato de que visões extremas costumam ter certa plausibilidade para alguns membros da comunidade, ressoando e dando forma a suposições racistas que estão profundamente enraizadas em qualquer cultura. Como tais afirmações são marcadas por uma irracionalidade, possuem pouco valor no discurso público. “O discurso de ódio oferece foco para sentimentos de ressentimento e frustração. Ele se baseia nas atitudes racistas existentes e, portanto, leva a opiniões e ações mais extremas, particularmente em tempos de grande insegurança.”¹¹⁵

A argumentação do autor afasta a permissão ao discurso de ódio pelo fato de haver um perigo iminente de dano e por não servir à opinião pública, o que representa a concentração de um único discurso e põe fim ao debate necessário e, acima de tudo, à conscientização da sociedade, o que não parece alinhado ao pensamento de Mill.

Existe ainda o risco, conforme Schauer (2012, p. 136), de que a permissão daquilo que é falso aumente o número de pessoas que acreditem ou confiem mais naquela proposição, um fenômeno que observamos com frequência em um mundo onde as opiniões circulam com extrema velocidade pelas redes sociais. Para o autor, Mill parece excluir a possibilidade de proliferação de erros pela expressão por causa da sua confiança de que a falsidade cederá aos fatos e argumentos. Nas palavras do filósofo inglês: “Opiniões e práticas erradas gradualmente se rendem ao fato e ao argumento, mas, para que produzam qualquer feito sobre o espírito, fatos e argumentos lhe devem ser apresentados.” (MILL, 2000, p. 33).

A principal questão colocada por Schauer (2012, p. 136-137) é se isso realmente acontece, já que todo ato de fala proposicional contém uma variedade de atributos, o que inclui, por exemplo, a identidade e os atributos do orador, a identidade e os atributos do ouvinte, as crenças anteriores do ouvinte, a forma de expressão escolhida pelo orador, a opinião do ouvinte

¹¹⁵ Hate speech offers a focus for feelings of resentment and frustration. It builds on existing racist attitudes and so leads to more extreme opinions and actions, particularly in times of great insecurity.

sobre quem fala e a opinião da sociedade sobre quem fala. Questões mais psicológicas e emocionais, portanto, terão um impacto maior para o receptor.

De todo o modo, o professor avalia que a supressão é ruim porque, ao nos negar a possibilidade de substituir as falsas crenças pelas verdadeiras, bem como a substituição da ignorância pelo conhecimento, “a supressão da opinião não recebida é epistemicamente desvantajosa” (SCHAUER, 2012, p. 132-133). Por isso, ele defende o que chama de “cálculo pós-milliano” (*post-Millian calculus*).

Segundo esta teoria desenvolvida por Schauer (2012, p. 138), quando permitimos a expressão daquilo que acreditamos ser falso, aumentamos a probabilidade de ampliar nosso conhecimento e provavelmente produzimos um valor agregado de saber ao longo do tempo. Mas também é possível haver mais pessoas mantendo falsas crenças, as quais podem produzir ações com consequências infelizes.

O cálculo pós-milliano, ao qual Mill nos orientou, mas não adotou, sugere que uma instituição ou prática de supressão, para algumas categorias de enunciados com algum domínio de oradores e ouvintes (ou escritores e leitores), só pode ser justificada quando (mas nem sempre quando) prevê-se que as perdas consequentes da disseminação de opiniões falsas que possam ser aceitas e adotadas apesar de sua mentira serão maiores que os ganhos consequentes resultantes da descoberta de verdades anteriormente desconhecidas e do aumento de conhecimento que é o corolário dessa descoberta. (SCHAUER, 2012, p. 138, tradução nossa).¹¹⁶

O dano, nestes últimos aspectos, não estaria ligado diretamente no prejuízo a terceiros ou a seus interesses, nem na prevenção. Há um caráter social em jogo, o de afastar a mentira, o preconceito, a discriminação e o próprio ódio. Mas este seria o caminho adotado por Mill? Ou devemos combater argumentos perniciosos com mais debate? Mill tinha ciência de que na história a verdade nem sempre prevalece, mas acreditava que, cedo ou tarde, ela seria restabelecida.

Para unir as duas vertentes interpretativas que nos referimos – de um lado a liberdade de expressão absoluta e de outro a restrição por conta do dano –, é interessante trazer a noção de O’Rourke (2001, p. 130) nos casos envolvendo a incitação ao ódio e ao racismo.

¹¹⁶ The post-Millian calculus, which Mill directed us to but did not himself embrace, suggests that an institution or practice of suppression, for some category of utterances within some domain of speakers and listeners (or writers and readers), can be justified only when (but not always when) it is predicted that the consequential losses from the spread of false opinions that might be accepted and acted on despite their falsity will be greater than the consequential gains that will come from the discovery of previously unknown truths and the increase in knowledge that is the corollary of that discovery.

Segundo ele, na teoria de Mill, os adultos maduros das sociedades democráticas devem permanecer livres para ouvir e sustentar tais opiniões. Se essa opinião estiver errada, seu caráter defeituoso será demonstrado por meio da discussão, desde que as pessoas também estejam livres para ouvir o que pode ser dito pelo lado oposto. Caso as pessoas, tendo ouvido essas opiniões, invadirem a liberdade de outras, violam o princípio da liberdade.

Assim, O'Rourke (2001, p. 130) divide dois grupos de ações distintos a partir do impacto causado pelo discurso de ódio. De um lado, estão aqueles que ouvem uma opinião, a considera e até consulta outras pessoas antes de agir para prejudicar alguém, e de outro quem sem refletir segue uma multidão e age imediatamente. Neste último caso, houve uma incitação e, dependendo das circunstâncias, um orador pode ser punido se os interesses de terceiros forem prejudicados. Já no primeiro caso, parece consistente com o argumento de Mill concluir que, se uma pessoa considera as várias opiniões sobre um determinado assunto antes de escolher uma delas e, posteriormente, age de uma maneira que interfere de forma negativa na liberdade de outra, então deve ser punida pelos danos causados.

Mas parece ser desnecessário (e, de fato, uma impossibilidade prática) punir as pessoas que concordam, ou mesmo quem originalmente ouviu a opinião em particular. Quando as pessoas estão em posição de fazer uma escolha ponderada, então qualquer direção de ação em que embarcam como resultado dessa escolha é uma consequência da pessoa como indivíduo. A sociedade tem o direito de tentar convencer essas pessoas de que suas crenças são errôneas, mas não deve tentar impedi-las de ouvir as ideias de outros e, finalmente, expressar suas opiniões. (O'ROURKE, 2001, p. 130, tradução nossa).¹¹⁷

Como se vê, não é a incitação em si do discurso de ódio que deve ser punida, mas as ações que possam ser realizadas e resultem em danos a terceiros. E nisso pouco importa se houve ou não influência da fala preconceituosa. Todo ato que provoque prejuízo ou algum mal injusto precisa ser reparado. Poderíamos argumentar no sentido de que a prevenção seria possível coibindo-se a opinião discriminatória, mas aí cairíamos em outro mal, como já alertado por Mill: o da censura. Seria o mesmo que, para curar a doença, matar o paciente, algo que deve ser afastado.

¹¹⁷ But it would appear to be unnecessary (and, indeed, a practical impossibility) to punish those people who agree, or indeed the person from whom he or she originally heard the particular opinion. When people are in a position to make a considered choice, then any course of action on which they embark as a result of that choice is a product of the person as an individual. Society has a right to try to convince such people that their beliefs are erroneous, but should not attempt to prevent them hearing the ideas of others and, ultimately, expressing their opinions.

A abordagem de Mill sobre a questão do incitamento ao ódio, lembra O'Rourke (2001, p. 130), já havia se dado dez anos antes da publicação de "A Liberdade" em um artigo que discutia leis francesas contra a liberdade de imprensa. Em seu texto, Mill desdenha da ideia de que é possível distinguir entre a liberdade da discussão filosófica e outros tipos de "ataque" verbal:

Dizer que ataques são permitidos, mas não incitamentos ao ódio e ao desprezo, seria dizer que a discussão será lícita na condição de ser fria, seca e inexpressiva; que o maçante e o indiferente devem expressar opiniões, mas que pessoas de genialidade e sentimento devem manter sua paz. De acordo com essas leis, foi realmente dito em um dos jornais franceses que o discurso de Rousseau sobre desigualdade nunca poderia ter sido publicado. Tampouco grandes escritos de grandes reformadores, religiosos ou políticos, teriam visto a luz se tais leis existissem e fossem obedecidas. (MILL, 1986, p. 1117, tradução nossa).¹¹⁸

Na interpretação trazida por O'Rourke (2001, p. 131), Mill repudia a ideia de que a discussão deve ser permitida com regulação para que seja sempre moderada, um argumento que também aparece em "A Liberdade". Para o autor, Mill sustenta que a liberdade de expressão precisa ser absoluta, mesmo quando uma opinião é considerada ofensiva, inverídica e injusta. "Ações que causem danos aos interesses de terceiros são puníveis, mas as pessoas devem ser livres para acreditar e dizer que qualquer ação prejudicial é desejável."¹¹⁹

O principal ponto do argumento, porém, é permitir opiniões mais fortes, ainda que estas tenham um caráter imoral perante os costumes da sociedade que recebe a mensagem. A liberdade de expressão é absoluta na medida em que não viole outros direitos e provoque danos efetivos, seja a uma pessoa, grupos ou comunidades.

Como afirma O'Rourke (2001, p. 131), a individualidade também implica em responsabilidade pelas próprias ações. Se alguém explora uma situação em que as pessoas provavelmente ajam sem reflexão, prejudicando outras como consequência, o orador pode ser punido, mas não por manter sua opinião em particular, e sim pelos danos causados a terceiros pela sua expressão imprudente em uma situação inflamatória. "[...] há uma obrigação por parte do orador

¹¹⁸ To say that attacks are permitted, but not incitements to hatred and contempt, would be to say that discussion shall be lawful on condition that it be cold, dry, and unimpressive; that the dull and the indifferent shall be allowed to express opinions, but that persons of genius and feeling must hold their peace. Under such laws, it has been truly said in one of the French journals, Rousseau's discourse on Inequality never could have been published. Nor could any great writings of great reformers, religious or political, have seen the light if such laws had existed and had been obeyed.

¹¹⁹ Actions which harm the interests of others are punishable, but people must be free to believe and say that any such harmful action is desirable.

de agir com responsabilidade ao abordar o público. Um orador não deve manipular uma audiência de tal maneira que, sem pensar, cause danos.” (O’ROURKE, 2001, p. 131, tradução nossa).¹²⁰

Desta forma, sustenta Mill que um orador pode ser culpado de incitação quando “pelo menos é possível estabelecer uma conexão entre o ato e a incitação” (MILL, 2000, p. 28). A questão, porém, como descreve o próprio filósofo inglês, não é tão simples.

O caso de uma pessoa que solicita a uma outra praticar um ato não é, estritamente, um caso de conduta pessoal. Dar conselhos ou oferecer incentivos a quem quer que seja é um ato social e pode, por conseguinte, assim como ações que em geral afetam outros, ser considerado como sujeito a controle social. Mas um pouco de reflexão corrige a primeira impressão, mostrando que, se o caso não se insere estritamente na definição de liberdade individual, todavia é possível aplicá-lo às razões sobre as quais se fundamenta o princípio da liberdade individual. Se é necessário permitir às pessoas, naquilo que interessa unicamente a elas mesmas, agir como lhes parece melhor, por sua conta e risco, elas devem igualmente ser livres para consultar umas às outras sobre o que é adequado fazer, para trocar opiniões, dar e receber sugestões. Tudo o que se permitir fazer deve-se aconselhar a fazer. (MILL, 2000, p. 150).

Nada pode impedir, como declara O’Rourke (2001, p. 134), uma troca honesta de opiniões e sugestões. Também está claro que “A Liberdade” justifica o incentivo que uma pessoa pode dar a outra para realizar ações que a sociedade condenaria.

Apesar disso, deve haver o mínimo de bom senso ao se emitir uma opinião, ciente de que existe responsabilidade por aquilo que se expressa e dissemina.

Assim, Schapiro (1943, p. 157) afirma que Mill impôs limitações, e muito definitivas, à liberdade de expressão quando usada para incitar à violência. Tanto que a distinção feita pelo filósofo entre “opinião” e “incitamento à violência” tornou-se clássica nas discussões relativas à liberdade de expressão, inclusive influenciando a Suprema Corte dos EUA em decisão do juiz Oliver Wendell Holmes, Jr. no caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). O incitamento à violência é tão grave que, conforme o autor, torna-se um ataque à própria ordem democrática na medida em que “repudia seu próprio princípio de vida”. “Uma ordem democrática pode funcionar apenas quando mudanças desejáveis são feitas pacificamente como consequência de uma discussão livre.”¹²¹

¹²⁰ [...] there is an obligation on the part of the speaker to act responsibly when addressing the public. A speaker should not manipulate an audience in such a manner that they then, without thinking, cause harm.

¹²¹ A democratic order can function only when desirable changes are made peacefully as a consequence of free discussion.

Neste sentido, Riley (2009, p. 62) afirma que o mais importante para Mill é que a sociedade, na busca de promover o bem-estar geral, estabeleça leis e costumes que distribuam direitos iguais para não sofrer violência, discriminação indevida e outros danos graves. Essas regras de justiça podem sancionar punições severas para os transgressores que prejudicarem terceiros em virtude da raça, religião ou origem étnica.

De início, pode parecer haver contradição entre a liberdade de expressão irrestrita e livre de qualquer embaraço e a promoção do bem-estar geral caso a sociedade aponte que uma opinião seja nociva a ela. Em uma situação extrema como essa, Mill defende a discussão, tendo em vista a falibilidade humana.

Trata-se, como coloca Sumner (2000, p. 138), de questões internas presentes em “A Liberdade” e que dependem do contexto em que estão inseridas, já que, como pano de fundo em seu ensaio, Mill se propõe a determinar “quanto de vida humana se deve atribuir à individualidade, e quanto à sociedade” (MILL, 2000, p. 115).

O que cair na esfera pessoal é protegida pelo princípio do dano, configurando a região apropriada da liberdade humana e abrangendo três elementos: *(i)* o “domínio interior da consciência”, compreendendo consciência, pensamento, sentimento, opinião e sentimento; *(ii)* “enquadrar o plano de nossa vida para se adequar ao nosso próprio caráter”, desde que não prejudiquemos terceiros; e *(iii)* combinar ou unir-se a outras pessoas para fins que também não prejudiquem terceiros.

“Essas ‘partes da vida’ devem ser protegidas contra interferências sociais por meio de direitos à liberdade de consciência, pensamento, crença, privacidade (como diríamos agora) e associação.” (SUMNER, 2000, p. 138, tradução nossa).¹²²

A liberdade de expressão, portanto, diz o autor, enquadra-se na esfera social – e não pessoal – para a qual Mill exige (quase) proteção absoluta contra a interferência social.

Dessa maneira, a liberdade de ter qualquer opinião que alguém desejar não tem valor sem a liberdade do outro expressar, discutir, publicar e fazer circular, o que traz implicações de longo alcance para sua defesa da liberdade de discussão: o que se enquadra no âmbito pessoal recebe proteção da interferência social, sendo ela absolutamente proibida (SUMNER, 2000, p. 139).

O caso, segundo o filósofo canadense, é bem diferente dos atos sociais, tendo destaque a seguinte passagem de Mill:

¹²² These "parts of life" are to be protected against social interference by means of rights to freedom of conscience, thought, belief, privacy (as we would now put it), and association.

Tão logo qualquer parte da conduta de alguém influencia de modo prejudicial os interesses de outros, a sociedade adquire jurisdição sobre tal conduta, e a questão de saber se essa interferência favorecerá ou não o bem-estar geral se abre à discussão. Mas não há espaço para cogitar dessa questão quando a conduta de uma pessoa não afeta senão os próprios interesses, ou não afeta os interesses dos outros se necessariamente não o querem (todas as pessoas envolvidas tendo atingido a maturidade e gozando do grau ordinário de discernimento). (MILL, 2000, p. 116).

A conclusão a que chega Sumner (2000, p. 139-140) é de que, pelo fato de a expressão de opiniões se enquadrar no âmbito social e não no pessoal, a questão de haver ou não interferência também precisa ser “aberta à discussão” e resolvida com referência ao bem-estar geral.

Assim, Riley (2009, p. 63) afirma que, por implicação à visão milliana, os indivíduos devem ter a liberdade de expressar opiniões racistas ou blasfêmias, as quais se espera que outros considerem ofensivas e humilhantes. Ofensa e aversão são sentimentos desagradáveis, mas não significam ferimentos ou danos perceptíveis. Por isso é comum alguns autores chegarem à conclusão de que Mill é um absolutista da liberdade de expressão, “um extremista liberal que sustenta que o indivíduo deve ter oportunidades de expressar opiniões sobre qualquer conteúdo”, o que não significa que estas oportunidades serão ilimitadas.

O ministro Marco Aurélio Mello (BRASIL, 2003, p. 879-880) traz com propriedade as bases de Mill sobre o assunto. Para ele, é preciso proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela “necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto”, já que as pessoas simplesmente não são obrigadas a pensar da mesma maneira. “Devem sempre procurar o melhor desenvolvimento da intelectualidade, e isso pode ocorrer de maneira distinta para cada indivíduo”. Neste caminho, cita as palavras de Mill:

Quando a sociedade mesma é o tirano (...) seus meios de tiranizar não estão limitados aos atos que podem realizar por meio dos seus funcionários públicos. A sociedade (...) exerce uma tirania social mais formidável que muitas das opressões políticas, pois, apesar de não fazer incidir penas tão graves, deixa menos meios de escapar delas, pois penetra muito mais nos detalhes da vida e chega a encarcerar a alma. Por isso, não basta a proteção contra a tirania do magistrado. Necessita-se também a proteção contra a tirania da opinião e do pensamento prevalecente, contra a tendência da sociedade de impor, por meios distintos das penas civis, as próprias ideias e práticas como regras de conduta a aqueles que dissente delas; a arrogar o desenvolvimento e, se possível for, a impedir a formação de individualidades originais e a obrigar a todos os caracteres a moldar-se sobre o seu próprio. (MILL apud MARTÍNEZ DE PISÓN, 2001, p. 73 apud BRASIL, 2003, p. 879-880).

O argumento central de Mill, para Mello (BRASIL, 2003, p. 880), é “escancarar que não existe uma verdade absoluta que justifique as limitações à liberdade de expressão individual”, de tal forma que proteger a liberdade não é somente se manifestar em favor da liberdade de consciência e de expressão, mas principalmente “lutar continuamente contra quem quiser restringi-la”.

Por isso, as razões que fazem um homem querer limitar a liberdade dos demais decorrem “da busca pela imposição das ideias, pela conformidade de pensamento e pela necessidade de adotar apenas uma resposta possível e verdadeira à pergunta: como os homens devem pensar?”

Na busca desta resposta, o ministro Marco Aurélio Mello (BRASIL, 2003, p. 881) analisa como necessário para o bem-estar intelectual da humanidade a proteção da liberdade de expressar todas as opiniões, ainda que delas discordemos ou que estejam redondamente erradas, o que pode ser justificado por quatro motivos, assim resumidos por Mill:

Primeiro, (porque) uma opinião, ainda que reduzida ao silêncio, pode ser verdadeira. Negar isso é aceitar a nossa própria infalibilidade. Em segundo lugar, ainda que a opinião reduzida a silêncio seja um erro, pode conter, e com frequência contém, uma porção de verdade; e como a opinião geral ou prevalente sobre qualquer assunto raramente ou nunca abarca toda a verdade, somente pelo conflito de opiniões diversas se tem alguma probabilidade de ser conhecida a verdade inteira. Em terceiro lugar, ainda que a opinião admitida fosse não somente a verdadeira, senão toda a verdade, ao menos que possa ser e seja vigorosa e lealmente discutida, será sustentada com mais razão, além do conhecimento formulado a partir de um prejulgamento, com pouca compreensão ou sentido de seus fundamentos sociais. E não somente isso, senão que, em quarto lugar, o sentido da mesma doutrina poderá correr o risco de perder-se ou de debilitar-se, perdendo seu efeito vital sobre o caráter e a conduta; o dogma se converterá em uma profissão meramente formal, ineficaz para o bem, mas enchendo de obstáculos o terreno e impedindo o desenvolvimento de toda convicção real e sentida de coração, fundada sobre a razão ou a experiência pessoal. (MILL apud MARTÍNEZ DE PISÓN, 2001, p. 76 apud BRASIL, 2003, p. 881).

Com base nestes ensinamentos de Mill, o ministro Marco Aurélio chega à conclusão de que a ninguém é dado “o direito de arvorar-se em conhecedor exclusivo da verdade”, de tal modo que nenhuma ideia é infalível a ponto de eternamente ser admitida como verdadeira. “Somente por meio do contraste das opiniões e do debate pode-se completar o quebra-cabeça da verdade, unindo seus fragmentos.” (BRASIL, 2003, p. 881). E complementa:

Garantir a expressão apenas das ideias dominantes, das politicamente corretas ou daquelas que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida, o que implica desrespeito ao direito de se pensar autonomamente. Em última análise, a liberdade de expressão torna-se realmente uma trincheira do cidadão contra o Estado quando aquele está a divulgar ideias controversas, radicais, minoritárias, desproporcionais, uma vez que essas ideias somente são assim consideradas quando comparadas com o pensamento da maioria. (BRASIL, 2003, p. 882).

Diante destes argumentos, Mello (BRASIL, 2003, p. 882) afirma que essa é uma dimensão delicada do direito à liberdade de expressão, em que se encontra o seu caráter procedimental ou instrumental: “não se pode, em regra, limitar conteúdos, eis que isso sempre ocorrerá a partir dos olhos da maioria e da ideologia predominante”. Como resultado de toda sua ponderação, incluindo-se aí a influência da filosofia de Mill, o ministro dissentiu da maioria e concedeu a ordem de *habeas corpus*, decidindo pela inexistência da prática de racismo e pela prescrição da pretensão punitiva.

Outro caso interessante julgado pelo STF e que teve um resultado compatível com a doutrina de Mill pelo voto do ministro Alexandre de Moraes se deu no Inquérito 4.694. Nele, o então deputado federal Jair Messias Bolsonaro foi denunciado pelo cometimento do delito tipificado no artigo 20, *caput* (praticar, induzir ou incitar discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional), da Lei nº 7.716/1989, por se manifestar de modo negativo e discriminatório sobre quilombolas, indígenas, refugiados, mulheres e LGBTs (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) durante palestra proferida em 3 de abril de 2017 no Clube Hebraica do Rio de Janeiro (BRASIL, 2018c).¹²³

Ao apreciar o caso, o ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2018c, p. 335-336) recorreu ao que considera como a conciliação realizada pela Constituição em relação a duas grandes teorias sobre inviolabilidades parlamentares: a teoria blackstoniana, de William Blackstone (1723-1780), e a de John Stuart Mill. No seu entendimento, a CF/88 fez uma síntese dessas teorias, aplicando uma ou outra, dependendo da hipótese de incidência. De forma resumida, a primeira estava intimamente ligada a uma cláusula espacial, ou uma cláusula geográfica, ou seja, a proteção de atuação dentro do Parlamento, onde seria absoluta a inviolabilidade das palavras, dos votos, das opiniões, obviamente, proferidos enquanto discussão parlamentar.

A segunda, que ele atribui a Mill, está relacionada às palavras, opiniões e expressões manifestadas fora do Parlamento, ou seja, quando ausente a “cláusula espacial”. Para isso, é necessário para a constatação da inviolabilidade a presença do nexos causal entre o que foi

¹²³ Inq 4694, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 11/09/2018.

dito, expressado ou criticado e o exercício do mandato, ou ainda, derivado da própria condição de parlamentar. “Principalmente, há a necessidade de análise se a manifestação guardou relação com as funções parlamentares ligadas à crítica política, prestação de contas ou informação do cidadão.” (BRASIL, 2018c, p. 337-338). A principal diferença destas teorias é que, para Mill – na visão do ministro –, independentemente do local onde estiver, incidirá a imunidade se as manifestações parlamentares pretendem levar ao cidadão suas posições em relação a questões importantes da vida nacional, da vida pública e da vida governamental.

Em alguns casos, bastará a presença da cláusula geográfica; em outros, exige-se o que essa Suprema Corte denominou de nexo de implicação recíproca. E, nessa hipótese, inclui a necessidade não só desse nexo, mas nos termos expostos pela teoria de Stuart Mill, a presença de determinada finalidade das manifestações parlamentares, qual seja, que levar ao eleitor sua prestação de contas, suas críticas a políticas governamentais, sua atuação de fiscalização, informações sobre sua atitude perante o Governo. (BRASIL, 2018c, p. 338-339).

Dessa forma, Moraes (BRASIL, 2018c, p. 339-340) considerou a existência da inviolabilidade parlamentar, embora possa ser afastada quando, mesmo convidado na condição de parlamentar, o deputado ou senador, em suas manifestações, agir com desvio de finalidade, com excessos abusivos. Ou seja, haverá quebra da inviolabilidade se, no exercício de sua liberdade de expressão qualificada, o parlamentar desvirtuar o exercício de sua liberdade de expressão qualificada para, por exemplo, realizar ofensas pessoais a eventuais desafetos presentes na plateia ou fora dela, sem nenhum contexto com aquela palestra, ou mesmo veicular discurso de ódio. “Nessas hipóteses, a finalidade pretendida não está em consonância com a *ratio* protetiva das imunidades parlamentares da inviolabilidade.”

Apesar disso, o ministro Alexandre Moraes não vislumbrou a ocorrência do discurso de ódio, incitação à discriminação ou repúdio aos estrangeiros, fazendo um claro balanceamento do princípio do dano. “Houve uma manifestação às vezes contundente, às vezes grosseira, mas em relação ao posicionamento sobre refugiados. Não me parece que houve desvio de finalidade, em relação ao que a inviolabilidade protege.” (BRASIL, 2018c, p. 340). E finaliza essa análise com os ensinamentos de dois importantes intérpretes de Mill, os professores Isaiah Berlin e Ronald Dworkin. Berlin, cita o ministro com base na obra de Dworkin, afirmou que a essência da liberdade de expressão negativa é a possibilidade de ofender, o que jamais se confunde com o discurso de ódio. Dworkin, por sua vez, colocou que o ideal seria que as formas

de expressão sempre fossem heroicas, mas defende a necessidade de proteção das manifestações de mau gosto, aquelas feitas inclusive erroneamente (DWORKIN, 2006, p. 345-351 apud BRASIL, 2018c, p. 342).

A denúncia foi rejeitada, por incidência da cláusula de inviolabilidade material prevista no art. 53, caput, da CF/88,¹²⁴ mas diante de todos os argumentos jusfilosóficos trazidos, poderia ter se dado puramente pelo exercício constitucional da liberdade de expressão.

Segundo Riley (2009, p. 64), a expressão pode não causar nenhum dano direto e imediato a outras pessoas sem o seu consentimento. A fala pode incomodá-las ou perturbá-las, mas nunca provocar qualquer tipo de dano perceptível, a menos que sejam persuadidas a participar da produção do dano. Como não há impedimentos externos em seu caminho, outros podem evitar livremente qualquer expressão que os desagrade, não havendo razão para usar a coerção para suprimir qualquer expressão, pois a expressão nunca envolve danos diretos e imediatos a outras pessoas sem o seu consentimento.

Se são persuadidos a adotar opiniões tolas, então, como indivíduos maduros, eles, e não o orador, são responsáveis por qualquer dano a si ou a outros que decorra de suas próprias escolhas. Pelo menos as pessoas podem aprender com seus erros, mesmo que a expressão não tenha outros benefícios sociais. (RILEY, 2009, p. 64, tradução nossa).¹²⁵

O problema, observa Riley (2009, p. 64), é que é impossível manter uma expressão que nunca prejudicará outras pessoas sem o seu consentimento, como nos casos de ameaças diretas de danos físicos ou ruína financeira, incitação a terceiros para cometer violência, publicidade comercial fraudulenta, difamação maliciosa e invasão de privacidade, tipos de discurso cujo conteúdo implica risco de dano direto e imediato a terceiros sem o seu consentimento. Mill não nega esses pontos óbvios e admite que a expressão não é puramente autorreferente à conduta.

Por um lado, Riley (2009, p. 65) cita que algumas restrições, incluindo contra ameaças credíveis, incitação e mentiras maliciosas, podem melhorar a descoberta da verdade, a deliberação democrática e o autodesenvolvimento e a autonomia pessoais. De outro, restrições baseadas em conteúdo colocam a sociedade em uma inclinação perigosa em direção à censura injustificada.

¹²⁴ CF/88: Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

¹²⁵ If they are persuaded to adopt foolish opinions, then, as mature individuals, they, not the speaker, are accountable for any damage to themselves or others that flows from their own choices. At least people may learn from their mistakes, even if the expression has no other social benefits.

Assim, Feinberg (1997, p. 158) verifica que, se as invasões governamentais na esfera da liberdade voltadas a proteger outras pessoas são sempre legítimas, certamente devem ser quando a ofensa resultante é “profunda”.

Nesta linha, Brink (2001, p. 139) vê que o discurso de ódio expressa a hostilidade e o desrespeito de seu interlocutor com o público visado, mas não articula as bases para a perspectiva e atitudes do orador ou uma proposta de debate e decisão. “Além disso, assim como palavras de luta, o discurso de ódio evoca uma resposta visceral, em vez de articulada; provoca violência ou, mais comumente, silêncios por insulto ou intimidação.”¹²⁶

Portanto, Brink (2011, p. 140) não nota utilidade ao discurso de ódio, já que ele ocorre em um contexto de discriminação e violência histórica e contínua, sendo mais provável que outras formas de combater tais palavras provoquem reações viscerais de raiva, medo ou intimidação e silêncio. Na medida em que o discurso de ódio, como as palavras de luta, expressa atitudes viscerais e provoca reações inarticuladas, ele não envolve valores deliberativos centrais aos princípios millianos e constitucionais que normalmente protegem o discurso.

“Dessa maneira, o discurso do ódio contribui para um ambiente hostil que mina a cultura do respeito mútuo necessário para uma expressão eficaz e uma consideração justa de diversos pontos de vista.” (BRINK, 2011, p. 141, tradução nossa).¹²⁷

Nestas circunstâncias, o discurso de ódio terá contornos de puro dano, mas dependerá muito da visão do receptor da mensagem. É preferível insistir no debate que simplesmente desistir porque o interlocutor se mostra fechado a qualquer tipo de discussão. Mas a utilidade está além. Está em contribuir para o desenvolvimento humano ao tentar desconstruir o discurso de ódio a todas as pessoas que, de uma maneira ou outra, tenham contato com este tipo de fala.

Mais uma vez, a ideia de regulação aparece com força. Para Brink (2001, p. 142), se o discurso de ódio retarda valores deliberativos, a sua regulamentação protege estes mesmos valores. Dessa forma, não devemos ver os regulamentos dos discursos de ódio como restrição a liberdades fundamentais. A regulação pode aparecer como uma alternativa à proibição do discurso em si.

Conforme O’Rourke (2001, p. 136), a posição de Mill é clara nestas circunstâncias, permitindo que a sociedade possa, com a devida consideração pelo princípio da liberdade, punir aqueles que são considerados responsáveis. Se uma opinião é implausível, sua livre expressão

¹²⁶ Moreover, also like fighting words, hate speech evokes visceral, rather than articulate, response; it provokes violence or, more commonly, silences through insult or intimidation.

¹²⁷ In these ways, hate speech contributes to a hostile environment that undermines the culture of mutual respect necessary for effective expression and fair consideration of diverse points of view.

e discussão tornarão sua implausibilidade evidente. Se uma opinião é plausível, as pessoas reformularão suas opiniões à luz do que as novas informações têm a oferecer. Mas os indivíduos devem estar livres o tempo todo para ouvir todos os lados do argumento. Controlar a vida intelectual de alguém significa controlar essa pessoa completamente.

Nenhuma pessoa ou governo pode justamente reivindicar esse direito. O resultado desse controle nunca é a maior felicidade para o maior número. Esse é o argumento fundamental no cerne de *A Liberdade*, e esclarece por que Mill sustentou que os fundamentos sobre os quais a liberdade intelectual repousa quando entendida corretamente são de aplicação muito mais ampla do que apenas uma divisão do sujeito. (O'ROURKE, 2001, p. 136, tradução nossa).¹²⁸

Os argumentos de Mill (2000, p. 89) apontam ser privilégio e condição própria do ser humano usar e interpretar a experiência à sua maneira, cabendo à própria pessoa descobrir que parte da experiência registrada se aplica às suas circunstâncias e ao seu caráter. “As faculdades humanas da percepção, do juízo, do discernimento, da atividade mental e até mesmo da preferência moral exercem-se apenas quando se faz uma escolha.”

Segundo o filósofo, quem age seguindo apenas o costume não faz nenhuma escolha, nem ganha nenhuma prática para discernir e desejar o que é melhor, além de não exercitar suas capacidades mentais e morais.

Quando uma pessoa adota uma opinião cujos fundamentos não lhe sejam conclusivos, sua razão, ao invés de se fortalecer, provavelmente se enfraquecerá. E se os estímulos para uma ação não são os que convêm aos sentimentos e caráter que lhe são próprios (quando os afetos ou os direitos alheios não estão envolvidos), seus sentimentos e caráter tornam-se inertes e apáticos, ao invés de ativos e enérgicos. (MILL, 2000, p. 90).

Ao seguirmos as argumentações de Mill, constatamos o quão importante é para ele que uma pessoa possa refletir e chegar às suas próprias conclusões sobre qualquer discurso, algo que exige extrema cautela e ampla discussão em caso de uma regulamentação ou proibição do discurso de ódio.

¹²⁸ No person or government can justly claim that right. The result of such control is never the greatest happiness for the greatest number. This is the fundamental argument at the very heart of *On Liberty*, and sheds further light on why it is that Mill maintained that the grounds on which intellectual freedom rests ‘when rightly understood, are of much wider application than to only one division of the subject’.

Enquanto que nos EUA a liberdade de expressão possui um status de preferência em relação ao discurso de ódio, havendo apontamentos que cobram algum tipo de regulamentação, no Brasil verificamos um efeito contrário ao constatarmos as restrições impostas pelo STF por considerar a ocorrência de danos coletivos ao propagar esse tipo de opinião.

Desse modo, Hylton (1996, p. 57) afirma ser possível usar a doutrina de Mill para uma regulação equilibrada do discurso de ódio. Embora sua estrutura não sugira que o Estado regule tal discurso, propõe que possa ter mais liberdade, em especial nos casos cuja fala viola as disposições das leis penais que tipificam o assédio, as ameaças e a intimidação, inclusive com penalidades mais severas. Para que isso ocorra, é preciso avaliar o dano concreto, o que só será possível caso a caso.

Como uma espécie de regra mais ampla, Riley (2009, p. 66) afirma que Mill endossa uma política geral de *laissez-faire*, segundo a qual a expressão geralmente deve ser deixada em paz, exceto em situações nas quais a livre expressão inflige direta e imediatamente danos graves a terceiros sem o seu consentimento. De fato, sanções criminais baseadas em conteúdo podem promover o bem-estar geral em situações excepcionais que exigem supressão e punição da expressão. Tudo dependerá da definição do que se entende por “discussão”, o que faria aquele tipo de opinião que envolve danos graves a outras pessoas não ser considerada desta maneira, justificando medidas coercitivas.

O liberalismo de Mill fornece apoio a medidas coercitivas que serviriam para marginalizar, se não eliminarem completamente, a expressão e publicação de opiniões que forcem outras pessoas a suportar um risco de danos diretos e imediatos graves apenas por causa de sua etnia, religião, raça, gênero, ou orientação sexual. (RILEY, 2009, p. 66, tradução nossa).¹²⁹

Um meio-termo possível seria não a intervenção com a consequente regulação do discurso de ódio, criando regras sobre o que pode ou não ser expressado, tão pouco a proibição pura e simples baseada em preceitos legalistas. A discussão sempre deve estar em foco, combatendo os argumentos preconceituosos.

Por isso, a interferência estatal em situações bem delineadas, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, seria algo salutar à própria liberdade de expressão, em consonância à doutrina de Mill. Até porque, crenças profundas dificilmente são modificadas de uma hora para outra. E essa é a linha seguida pelo filósofo inglês, para quem, diz Swan (2007, p. 19), a

¹²⁹ Mill's liberalism provides support for coercive measures that would serve to marginalize, if not stamp out altogether, the expression and publication of opinions that force others to endure a risk of severe direct and immediate harm merely because of their ethnicity, religion, race, gender, or sexual orientation.

intervenção coercitiva mostra-se ilegítima por impedir uma pessoa de agir conforme suas crenças sobre alguma conduta. A mudança ocorreria somente para evitar a intervenção, com “as crenças relevantes” permanecendo as mesmas. Em outras palavras, como cita Brink (2001, p. 154-155), é absurdo supor, como muitos fazem, que a regulação do discurso de ódio refletiria uma preocupação com o politicamente correto, embora possa ter um valor educativo.

O STF, ao proibir a divulgação de obras que propagam o discurso de ódio, estabelece um tipo de censura que se afasta do pensamento milliano. Avisos e alertas acompanhados da publicação poderiam oferecer um contraponto necessário para se combater a prática discriminatória e antissemita, já que a preferência deve ser pela informação ao invés da coerção. Cabe à própria opinião, no âmbito social, afastar a intolerância do discurso de ódio, rechaçando-a e demonstrando que tal expressão não encontra espaço.

No final, como observa Crisp (1997, p. 195), voltamos à grande questão do princípio da liberdade: o que constitui dano suficiente para justificar a intervenção? Para ele, o ideal é recorrer a uma aplicação adequada do princípio da utilidade, ou seja, procurar adotar ações que tendem a promover a maior felicidade.

De acordo com Sumner (2000, p. 140), ainda que o ônus da maior parte do argumento de Mill seja condenar o uso de coerção ou compulsão contra indivíduos visando ao seu próprio bem, a questão de quando a interferência ou intervenção pode ser justificada considerando atos sociais fica em aberto. Essa questão será resolvida caso a caso, nos quais a utilidade novamente terá um apelo adicional: “alguns atos sociais podem estar isentos de interferências, outros não, e o mesmo ato pode estar isento de algumas formas de interferência e outras não”.¹³⁰

É neste território que se encontra o pensamento milliano a favor da liberdade de expressão, reforçando que sua defesa pode ser especialmente sensível ao contexto em que se encontra. Neste sentido, a decisão do STF no caso Ellwanger (HC 82.424) extrapolou a regulação e escolheu a via mais radical amparada por uma das interpretações possíveis do princípio do dano, mas que, conforme procuramos demonstrar, ampara-se mais em questões de ordem moral que propriamente a prejuízos efetivos, ainda que revestida de aspectos legais.

É inegável que a colisão de direitos fundamentais está posta e a proteção dos direitos humanos ressoa em extirpar qualquer discurso de ódio, mas tanto aqueles que emitem a opinião condenável como os grupos minoritários que merecem proteção legal não podem ser colocados em um patamar de preferência sem a análise do contexto do discurso e a avaliação concreta dos danos.

¹³⁰ some social acts may be exempt from interference, others not, and the same act may be exempt from some forms of interference and not others.

O aprofundamento na teoria de Mill poderia trazer uma contribuição efetiva e até mesmo modificar o entendimento hoje predominante na jurisprudência do STF, servindo como um guia valioso. Afinal, é praticamente uma obrigação as pessoas terem liberdade para formarem suas opiniões e exprimi-las sem reservas, mas conscientes de sua responsabilidade e das consequências profundamente danosas que isso possa acarretar.

4.2 Liberdade de expressão religiosa e proselitismo

As discussões sobre a liberdade de expressão religiosa e seu proselitismo também estiveram entre os casos que suscitaram o julgamento do STF. O principal aspecto, sem dúvidas, fica para a prática da tolerância, essencial ao abordarmos a liberdade de expressão de maneira geral.

O STF considera o direito à liberdade religiosa, em grande medida, como o “direito à existência de uma multiplicidade de crenças/descrenças religiosas”, as quais se vinculam e se harmonizam, com o objetivo da sobrevivência de toda a multiplicidade de fés protegida constitucionalmente, na chamada tolerância religiosa (BRASIL, 2018c).¹³¹

A defesa da tolerância, diz Álvarez Gálvez (2009, p. 219-221), é clara a partir do humanismo, principalmente enquanto produto de uma concepção de mundo secularizado, individual e relativista. A Reforma Protestante, neste aspecto, incentivou interpretações religiosas plurais que a favoreceram, especialmente porque a experiência do conflito religioso produzido por sua causa impulsionou o desenvolvimento destas doutrinas.

O argumento mais antigo sobre a tolerância religiosa data, segundo Wolff (1989, p. 123), do período pré-industrial de conflitos religiosos entre católicos e protestantes, não-conformistas e anglicanos, o qual afirmava que a tolerância de práticas religiosas divergentes constitui um mal necessário, “imposto a uma sociedade que ou não pode suprimir a dissidência ou considera excessivamente alto o custo social da supressão”. A ortodoxia era a condição ideal, enquanto que a intolerância da heresia aparecia como um dever de princípio.

Assim, a tradição anglo-americana de liberdade religiosa tem sua origem nessa aceitação “relutante da heterodoxia de fato e não em uma antiga dedicação protestante à liberdade de consciência individual”.

Apesar disso, a tolerância, a partir do século XIX, diz Zanone (2004, p. 1247), aparece como um componente essencial do pensamento político liberal, representando, segundo

¹³¹ RHC 146303, Relator: Min. Edson Fachin, Relator p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018.

Japiassú e Marcondes (2008, p. 267-268), uma atitude de espírito, seja individual ou coletiva, que permite que “todo indivíduo ou grupo tenha plena liberdade de expressar suas opiniões ou crenças e de viver com hábitos e costumes diferentes”.

Do ponto de vista jurídico, Álvarez Gálvez (2009, p. 229) verifica que o termo pode ser usado quando o choque que ocorre é concebido como um conflito ideológico, isto é, que tem a ver com maneiras de ser. Desta forma, a tolerância – e consequentemente a tolerância religiosa – possui especial relevância para Mill.

Apesar dessa importância, Mill (2000, p. 15) tem noção de que mesmo nos países mais tolerantes, até as pessoas religiosas admitem o dever da tolerância com reservas tácitas. Por exemplo, alguém aturará a dissensão nas questões de governo eclesiástico, mas não de dogma; outro tolerará a todos, menos a um católico ou a um unitário; um terceiro tolerará os que creem na religião revelada; “poucos estenderão um pouco mais sua caridade, mas se deterão na crença num único Deus e num estado futuro”.

A tolerância, dessa forma, aparece num ideal a ser alcançado, assim como a defesa que Mill faz da liberdade de expressão de maneira praticamente absoluta. Mas o filósofo inglês trouxe bases suficientes para demonstrar que tolerância e liberdade de expressão são inseparáveis.

De acordo com Álvarez Gálvez (2009, p. 233-235), o argumento de Mill afeta, do ponto de vista utilitarista, a ideia de tolerância em um sentido amplo, que era, em seu aspecto religioso, o germe da teoria sobre direitos humanos e, finalmente, dos próprios direitos humanos. Essa ideia também está interligada com a autonomia, no sentido de abster-se de interferir no comportamento das outras pessoas.

Pode-se falar em tolerar o comportamento não livre dos outros, mas a verdade é que a tolerância geralmente se refere ao comportamento dos outros, que, em resposta à sua autonomia, é diferente do nosso. A tolerância também encontra essa autonomia fora de sua razão de ser. Por outro lado, a autonomia pode ser totalmente exercida, colocando em prática o que se deseja fazer, quando não há obstáculos para impedi-la. E ambas as ideias estão na base de uma teoria dos direitos humanos. A de tolerância, como dissemos, de um ponto de vista histórico. O germe do direito à liberdade religiosa encontra-se na doutrina de defesa da tolerância, desenvolvida na Europa desde o século XVI. A autonomia, porque o conceito de direito a implica: ter direito é decidir se deve ou não acessar um determinado estado de coisas; e porque a ideia de autonomia está inserida [...] no próprio discurso moral. (ÁLVAREZ GÁLVEZ, 2009, p. 235-236, tradução nossa).¹³²

¹³² Cabría hablar de tolerar el comportamiento no libre de otros, pero lo cierto es que la tolerancia se refiere normalmente al comportamiento de otros que, por responder a su autonomía, es diferente al nuestro. La tolerancia encuentra también esa autonomía ajena su razón de ser. Por otro lado, la autonomía puede ejercerse plenamente, poniendo en práctica lo que uno desea hacer, cuando no existen obstáculos que lo impidan. Y ambas ideas

No caso da tolerância religiosa, significa também poder se expressar livremente, praticar sua crença e buscar disseminá-la, caracterizando o proselitismo.

Segundo Guerreiro (2005, p. 153), o proselitismo engloba uma grande gama de ações decorrentes do direito de manifestar convicções religiosas, buscando “convencer os outros (que beneficiam de direitos correspondentes como o de modificar as suas crenças) da verdade e benefícios das respectivas convicções”, cuja prática faz, normalmente, parte das exigências da própria religião perfilhada, constituindo exercício dessa religião.

Tanto que o STF vê o proselitismo como núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa, de tal modo que a liberdade religiosa e a de expressão constituem elementos fundantes da ordem constitucional e devem ser exercidas com observância dos demais direitos e garantias fundamentais, não alcançando, nessa ótica, condutas reveladoras de discriminação (BRASIL, 2016g),¹³³ o que não é o caso de uma mera comparação entre religiões:

No que toca especificamente à liberdade de expressão religiosa, cumpre reconhecer, nas hipóteses de religiões que se alçam a universais, que o discurso proselitista é da essência de seu integral exercício. De tal modo, a finalidade de alcançar o outro, mediante persuasão, configura comportamento intrínseco a religiões de tal natureza. Para a consecução de tal objetivo, não se revela ilícito, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa hierarquização ou animosidade entre elas. (BRASIL, 2016g).

Mais uma vez, temos plena liberdade deste exercício, mas com limites semelhantes aqueles impostos pelo princípio do dano a que Mill se refere e cuja caracterização não é tão simples como se costuma pensar.

O próprio STF, para a materialização do discurso discriminatório criminoso em matéria de liberdade religiosa, afirma que devem ser ultrapassadas três etapas indispensáveis. A primeira de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; a segunda de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim, aquela em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior (BRASIL, 2016g).

están en la base de una teoría de los derechos humanos. La de tolerancia, como hemos dicho, desde un punto de vista histórico. El germen del derecho a la libertad religiosa se encuentra en la doctrina de la defensa de la tolerancia que se desarrolla en Europa desde el siglo XVI. La de autonomía, porque el concepto de derecho la implica: tener un derecho es poder decidir acceder o no a un determinado estado de cosas; y porque la idea de la autonomía se inserta [...] en el propio discurso moral.

¹³³ RHC 134682, Relator: Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016.

No caso em apreço, o sacerdote da Igreja Católica Apostólica Romana, Jonas Abib, escreveu o livro “Sim, Sim, Não, Não Reflexões de cura e libertação”. Em razão do conteúdo dessa publicação foi acusado da suposta prática do crime de racismo, previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, pois teria explicitado conteúdo discriminatório que atingiria a doutrina espírita (BRASIL, 2016g).

O STF considerou que o sacerdote, por meio de sua publicação, incitou a comunidade católica a empreender resgate religioso direcionado à salvação de adeptos do espiritismo, em atitude que, a despeito de considerar inferiores os praticantes de fé distinta, o fez sem sinalização de violência, dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais (BRASIL, 2016g).

Para o STF, a conduta, embora “intolerante, pedante e prepotente”, está inserida no cenário do embate entre religiões e decorrente da liberdade de proselitismo, “essencial ao exercício, em sua inteireza, da liberdade de expressão religiosa”, não sendo possível, sob o ângulo da tipicidade conglobante,¹³⁴ que a conduta autorizada pelo ordenamento jurídico legitime a intervenção do Direito Penal (BRASIL, 2016g).

A decisão mostra-se em consonância ao pensamento de J. S. Mill, valorizando a liberdade de expressão, ainda que a opinião seja de certo modo arrogante e pejorativa. O mesmo não se aplica quando esse direito é extrapolado, partindo-se para a ofensa e se caracterizando como uma atitude danosa.

O STF ponderou a necessidade de se distinguir entre o discurso religioso, centrado na própria crença e nas razões da crença, e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). “Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito” (BRASIL, 2018c).

Neste último caso, o pastor da “Igreja Pentecostal Geração Jesus Cristo”, Tupirani da Hora Lores, usando de sua condição religiosa, foi acusado e condenado pela prática do crime previsto no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89.¹³⁵

¹³⁴ A tipicidade conglobante, conforme Masson (2014, p. 261-262), sustenta que todo fato típico se reveste de “antinormatividade”, pois embora o agente atue em conformidade com a descrição do tipo incriminador, na verdade contraria a norma, que é o conteúdo do tipo legal. Ou seja, a conduta é contrária ao ordenamento jurídico em geral e não apenas ao Direito Penal. “Não basta a violação da lei penal. Exige-se a ofensa a todo o ordenamento jurídico. Em suma, para a aferição da tipicidade reclama-se a presença da antinormatividade.”

¹³⁵ Lei nº 7.716/89: Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. [...] § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Enquanto emissor da opinião, o Supremo entendeu que ele não se manteve na “defesa da própria religião, culto, crença ou ideologia, mas, sim, de um ataque ao culto alheio, que põe em risco a liberdade religiosa daqueles que professam fé diferente [d]a do paciente” (BRASIL, 2018c), já que de forma reiterada utilizava inclusive de meios de comunicação para incitar a discriminação religiosa, ofendendo autoridades públicas e seguidores de outras manifestações de fé espiritual. Uma intolerância que foi levada ao extremo, deixando de proteger outros credos religiosos.

A perpetuação de tais ações dá margem a uma prática ainda mais tenebrosa: a da perseguição religiosa, algo inadmissível nas sociedades modernas e democráticas que protegem a liberdade de expressão religiosa.

Importante destacar que não está em discussão a questão da blasfêmia, definida por Appiah (2012, p. 167) como uma ofensa a Deus, e não à religião, pois caso fosse considerada como “discurso desonroso para determinada comunidade religiosa”, adentrar-se-ia, na realidade, na esfera da difamação da religião, o que o STF buscou afastar em sua decisão.

A difamação religiosa traz, para Appiah (2012, p. 174), danos que precisam ser evitados, entre eles a violência dos insultados, em resposta ao insulto, com a consequente desordem pública; violência contra os insultados, incitada pela própria ofensa; danos injustificados à reputação dos insultados; dor emocional sofrida pelos insultados; e danos à honra ou dignidade dos ofendidos. “Com tudo isso, o dano que importa é sofrido pelos indivíduos, e o dano total é a soma desses danos individuais.”¹³⁶

De certo modo, podemos recorrer à ideia da “tolerância limitada” apresentada por Bermudo (1992, p. 133-134), com base no conceito de “intolerância” de Karl Popper, como valor moral, o que é ajustável ao “utilitarismo”, “na medida em que não é defendida como um valor absoluto e em si mesma, mas como uma estratégia apropriada à racionalidade prática”. O argumento central é que sua violação implicaria maiores males e perigos para a vida social. “Portanto, o princípio da tolerância limitada formula uma defesa do valor da tolerância como estratégia para garantir a paz, evitar ditaduras, proteger os direitos do homem etc.” (BERMUDO, 1992, p. 134, tradução nossa).¹³⁷

A própria defesa de Mill à liberdade de pensamento e discussão, de acordo com Sumner (2000, p. 143), mostra sua preocupação em proteger as minorias dissidentes contra a

¹³⁶ With all of these, the harm that matters is suffered by individuals, and the total harm is the sum of these individual harms.

¹³⁷ Por tanto, el principio de tolerancia limitada formula una defensa del valor de la tolerancia como estrategia para asegurar la paz, para evitar dictaduras, para proteger los derechos del hombre, etc.

imposição sobre a opinião da maioria ortodoxa, tendo em mente especialmente as minorias religiosas que “discordam da fé estabelecida em seu país e que desejam para si mesmas nada mais que a liberdade de seguir suas próprias consciências sem medo da perseguição pela maioria”.

Conforme Berlin (1981, p. 198), Mill considerava a liberdade e a tolerância religiosa como a proteção indispensável de toda verdadeira religião, bem como a distinção feita pela Igreja entre os poderes temporais e espirituais como uma das maiores realizações do Cristianismo, pois possibilitava a liberdade de opinião. “A esta última ele valorizava mais que tudo.”

Segundo Mulgan (2012, p. 38), Mill reconheceu que a religião poderia desempenhar um papel positivo na sociedade, “provendo um senso compartilhado de comunidade e propósito”. Tanto que em “A Liberdade” ele tenta demonstrar como os argumentos que justificam a liberdade religiosa também justificam uma liberdade muito mais ampla de escolha de estilo de vida (MULGAN, 2012, p. 41).

De acordo com Donner (2007, p. 254), Mill também analisa o papel da religião na promoção da virtude, bem como da esperança religiosa na ampliação de sentimentos e na elevação das aspirações humanas. A religião, na visão do filósofo inglês, pode ser aliada à imaginação, no sentido de se buscar a concepção de um Ser moralmente perfeito e de ter a aprovação deste Ser como a norma ou padrão a que nos referimos e pela qual regulamos nossas próprias vidas.

Para Mill, diz Álvarez Gálvez (2009, p. 245), a liberdade religiosa está relacionada à própria opinião pública, já que, o que fazemos, visa a obter o favor da sociedade. “E é por isso que o poder da religião é, na realidade, o poder da opinião pública”.¹³⁸ Nas palavras de Mill:

Qualquer um que considerar o assunto de maneira justa e imparcial verá motivos para acreditar que esses grandes efeitos sobre a conduta humana, comumente atribuídos a motivos derivados diretamente da religião, têm principalmente por sua causa imediata a influência da opinião humana. (MILL, 2009, p. 116, tradução nossa).¹³⁹

Assim, em caso envolvendo o ensino religioso de forma facultativa aos estudantes nas escolas, o STF decidiu que a interdependência e complementariedade das noções de Estado

¹³⁸ Y por eso el poder de la religión es, en realidad, el poder de la opinión pública.

¹³⁹ Any one who fairly and impartially considers the subject, will see reason to believe that those great effects on human conduct, which are commonly ascribed to motives derived directly from religion, have mostly for their proximate cause the influence of human opinion.

Laico e Liberdade de Crença e de Culto são premissas básicas para a interpretação do ensino religioso de matrícula facultativa previsto na Constituição Federal, pois “a matéria alcança a própria liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões” (BRASIL, 2017a).

Na ação, buscava-se assentar que o ensino religioso em escolas públicas somente pode ter natureza não confessional, com proibição da admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas, o que foi julgado improcedente.

Para o Supremo, a liberdade de expressão representa tanto o direito de não ser arbitrariamente privado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento quanto o direito coletivo de receber informações e de conhecer a expressão do pensamento alheio. “A liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião.” (BRASIL, 2018a).¹⁴⁰

Dessa forma, o STF considera o discurso proselitista inerente à liberdade de expressão religiosa, o que inclui ainda o serviço de radiodifusão comunitária, já que o § 1º do art. 4º da Lei 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, vedava “o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária”, o que foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.566, proposta pelo Partido Liberal (PL). Logo, afirma a Suprema Corte que a liberdade política pressupõe a livre manifestação do pensamento e a formulação de discurso persuasivo e o uso dos argumentos críticos. “Consenso e debate público informado pressupõem a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações.” (BRASIL, 2018a).

Por fim, a liberdade de expressão religiosa e a tolerância também têm a ver com o debate pela verdade. A necessidade de combinar visões opostas nas discussões pela verdade, argumenta Álvarez Gálvez (2009, p. 241), é outro fator que apoia a ideia de tolerância, especialmente no que diz respeito àqueles que fazem parte da minoria e que provavelmente serão marginalizados pela maioria.

Não se trata, afirma Berlin (1991, p. 141), de necessariamente respeitar os pontos de vista dos outros, mas tentar compreendê-los e tolerá-los. Pode-se desaprovar, pensar mal, fingir ou desprezar, mas tolerar, pois, sem convicção ou sentimento antipático, não havia, para Mill, “convicção profunda”. E, sem isso, não havia um objetivo para a vida.

¹⁴⁰ ADI 2566, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 16/05/2018.

Compreender não é necessariamente perdoar. Podemos argumentar, atacar, rejeitar, condenar com paixão e ódio. Mas não podemos reprimir ou sufocar: isso é destruir os maus e os bons, e é equivalente ao suicídio moral e intelectual coletivo. O respeito cético pelas opiniões de nossos oponentes parece-lhe preferível à indiferença ou ao cinismo. Mas mesmo essas atitudes são menos prejudiciais que a intolerância ou uma ortodoxia imposta que mata a discussão racional. Essa é a fé de Mill. (BERLIN, 1991, p. 141, tradução nossa).¹⁴¹

Mill, portanto, defende a razão e a tolerância a todo custo, ciente de que, em algumas circunstâncias, o debate não será suficiente, em especial quando invadir o campo da difamação religiosa e ofender grupos específicos, sejam eles minoritários ou não. Caberá ao Estado interferir ou, como aqui visto, intervir usando o Direito Penal para coibir tais abusos.

4.3 Liberdade de imprensa: a primazia da liberdade de expressão

A liberdade de imprensa é um dos temas mais relevantes quando se pensa em liberdade de expressão. Seu pleno exercício está intrinsecamente ligado à democracia, ao pluralismo, à formação da opinião pública, aos direitos humanos e à própria liberdade. Tanto que, em qualquer regime autocrático, é um dos primeiros direitos a ser sacrificado.

Não sem motivo, as decisões do STF sobre o tema, em especial a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, está entre as mais importantes e representa um divisor de águas no tratamento jurídico dado à imprensa. A ação foi manejada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e discutiu a recepção ou não da Lei de Imprensa (Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), criada no período da ditadura militar, pela Constituição Federal de 1988.

A garantia de tal liberdade também era uma das preocupações de John Stuart Mill, sendo comum a associação dos argumentos presentes em “A Liberdade” com a prática do jornalismo.

Embora muitas vezes este paralelo ao ensaio de Mill seja feito de forma rasa no anseio de se defender a imprensa de qualquer ataque ou censura, traz um elemento bem basilar do filósofo inglês: de que todos, sem exceções, podem emitir livremente suas opiniões. Com a divulgação de uma matéria jornalística, ainda que com as particularidades inerentes a este tipo

¹⁴¹ To understand is not necessarily to forgive. We may argue, attack, reject, condemn with passion and hatred. But we may not suppress or stifle: for that is to destroy the bad and the good, and is tantamount to collective moral and intellectual suicide. Sceptical respect for the opinions of our opponents seems to him preferable to indifference or cynicism. But even these attitudes are less harmful than intolerance, or an imposed orthodoxy which kills rational discussion. This is Mill's faith.

de comunicação de massas, não é diferente. Possibilitar o debate por meio de uma notícia, fiscalizar o governo, fazer denúncias e relatar fatos do cotidiano são imprescindíveis na busca de uma sociedade mais tolerante. E esse é um dos fundamentos da doutrina de Mill.

Para termos de fato liberdade de imprensa, é essencial que o Estado se abstenha de interferir na divulgação das notícias, uma das marcas do antipaternalismo pregado por Mill. O STF, inclusive, considerou que não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. É preciso um “dever de omissão”, o que inclui a própria atividade legislativa, pois “é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*.” (BRASIL, 2010).¹⁴²

Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de “*manifestação do pensamento*”, liberdade de “*criação*”, liberdade de “*expressão*”, liberdade de “*informação*”. (BRASIL, 2010).

Como tal, afirma o STF, são liberdades constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da Constituição intitula de “Fundamentais”: *a*) “livre manifestação do pensamento” (inciso IV); *b*) “livre [...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação” (inciso IX); *c*) “acesso à informação” (inciso XIV) (BRASIL, 2010).

Assim, a liberdade de imprensa carrega consigo o direito de informação, constitucionalmente garantido, o qual contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. A primeira, diz o STF, refere-se à formação da opinião pública, considerando cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, “interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações” (BRASIL, 2015b).

Ao se garantir a liberdade de informar, conseqüentemente tem-se a formação da opinião pública, propiciando não apenas o debate, mas também a busca da verdade, algo tão caro ao filósofo inglês.

¹⁴² ADI 4451 MC-REF, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010.

Dessa maneira, o STF vê o que chama de “regime constitucional” da “liberdade de informação jornalística” como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Ao mesmo tempo, a “plena” liberdade de imprensa aparece como uma categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. Para o Supremo, a plenitude da liberdade de imprensa é um “reforço ou sobretutela” das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional, as quais dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como “superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2009a).¹⁴³

Os argumentos de Mill contra a censura também são contundentes. Brink (1997, p. 164) cita que o filósofo inglês oferece quatro razões para manter a liberdade de expressão e se opor à censura. A primeira é que uma opinião censurada pode ser verdadeira; a segunda é que mesmo que literalmente falsa, uma opinião censurada pode conter parte da verdade; terceira, ainda que totalmente falsa, uma opinião censurada impediria que opiniões verdadeiras se tornassem dogmas; e, por fim, como dogma, uma opinião incontestada perde seu significado.

As duas primeiras razões, relata o autor, representam a liberdade como extrinsecamente valiosa, já que tende a produzir uma crença verdadeira ou aumentar a proporção de crença verdadeira em relação à falsa opinião. Já os dois últimos motivos são fundamentos da própria liberdade de expressão. “A afirmação de Mill é que essas liberdades são condições necessárias para o exercício da capacidade deliberativa das pessoas e para o cumprimento de nossa natureza como seres progressistas.” (BRINK, 1997, p. 165). E é nestes campos que se exercem a razão intelectual e a razão prática. Afastar a censura é primordial à liberdade de imprensa.

Para verificarmos a importância que Mill dá ao assunto, trazemos um interessante trecho em carta escrita ao jornal francês *Spectator*, de 19 de agosto de 1848, em que critica uma lei que restringe a liberdade de imprensa:

Um governo não pode ser responsabilizado por se defender da insurreição. Mas merece a culpa mais severa se impedir a insurreição coíbe a promulgação de opinião. Se o fizer, na verdade justifica a insurreição naqueles a quem nega o uso de meios pacíficos para fazer prevalecer suas opiniões. (MILL, 1986, p. 1118, tradução nossa).¹⁴⁴

¹⁴³ ADPF 130, Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009.

¹⁴⁴ A government cannot be blamed for defending itself against insurrection. But it deserves the severest blame if to prevent insurrection it prevents the promulgation of opinion. If it does so, it actually justifies insurrection in those to whom it denies the use of peaceful means to make their opinions prevail.

O STF estabeleceu a liberdade de imprensa como um bem superior da personalidade, dado seu relevo à sociedade e à liberdade de expressão. Logo, o capítulo constitucional da Comunicação Social é, conforme o Supremo, “um segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional”. Por isso, na ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade, tendo de um lado o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e de outro o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada, deve prevalecer o primeiro, com incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos “para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa” (BRASIL, 2009a).

A liberdade de expressão, por meio da imprensa, prevalece sobre a individualidade, mas o princípio do dano alertado por Mill não é esquecido. Isso porque, afirma o STF, esta “peculiar fórmula” constitucional de proteção a interesses privados, mesmo incidindo *a posteriori*, “atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa”, devendo haver proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros (BRASIL, 2009a).

Desse modo, segundo o STF, os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como “sobredireitos”. Esta importante interpretação tem grandes repercussões. No limite, diz o Supremo, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas. Em outras palavras, “antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado”. Apenas posteriormente são consideradas as demais relações enquanto eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras (BRASIL, 2009a).

O dano é considerado, mas sem coibir a disseminação do conteúdo jornalístico, cujos limites encontram-se na própria CF/88 e trarão a devida responsabilização se for o caso. Conforme o STF, a expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição”, presente na parte final do art. 220, “traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade”, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal).

Mais uma vez, o Supremo frisa que não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, incluindo a procedente do Poder Judiciário, sob “pena de se

resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica”. Quanto ao regime da internet, o Supremo a qualifica como “território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação” (BRASIL, 2009a).

O STF reforça ainda a relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia, bem como a relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre, já que a imprensa representa uma instância natural de formação da opinião pública e alternativa à versão oficial dos fatos (BRASIL, 2009a).

Para o ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2009a, p. 243), o livre tráfego de ideias e a diversidade de opiniões são elementos essenciais para o bom funcionamento de um sistema democrático e para a existência de uma sociedade aberta, o que considera como uma das mais importantes funções das liberdades de comunicação na democracia. Dentro destas concepções de liberdade, ele recorre ao pensamento de Mill, mencionando a obra “A Liberdade” e trazendo primeiramente um apontamento de Isaiah Berlin sobre o ensaio do filósofo inglês: “ainda é a mais clara, sincera, persuasiva e instigante exposição do ponto de vista dos que desejam uma sociedade aberta e tolerante” (BERLIN, 2000, p. XLVII apud BRASIL, 2009a, p. 213).

De acordo com Mendes (BRASIL, 2009a, p. 213), Mill, ao defender a ampla liberdade de pensamento e de discussão, enfatizava que nada é mais prejudicial a toda humanidade do que silenciar a expressão de uma opinião. E traz um dos trechos mais célebres do pensador:

Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade. [...] o que há de particularmente mau em silenciar a expressão de uma opinião é o roubo à raça humana. (MILL, 2000, p. 29 apud BRASIL, 2009a, p. 213).¹⁴⁵

Ainda sobre a ligação estreita entre imprensa e democracia, o STF argumenta que a plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial, que “corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo”. E graças ao seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a imprensa passa a manter com a democracia “a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação”, sendo verdadeira “irmã siamesa da democracia” e desfrutando de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados (BRASIL, 2009a).

¹⁴⁵ Cf. ADI 4815/DF, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, p. 243-244.

Por conseguinte, o § 5º do art. 220 da CF/88 apresenta-se como “norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas”, ou seja, o pluralismo é uma virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. Dessa maneira, diz o STF, a imprensa livre é, ela mesma, plural, de tal modo que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF)¹⁴⁶ como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa” (BRASIL, 2009a).

Ao mesmo tempo em que existe uma preocupação com o pluralismo da imprensa, assegurando verdadeira gama de opiniões e, neste aspecto, em consonância com os argumentos de Mill, há um sistema de freios e contrapesos para evitar abusos que fariam ressoar apenas uma única voz na sociedade se houvesse o monopólio dos meios de comunicação. Os veículos de comunicação e as matérias jornalísticas, por mais que almejem a imparcialidade, não estão isentos de buscar defender as convicções e interesses que lhes são inerentes, havendo muito sobre o papel social da imprensa nesta discussão.

Essa preocupação, todavia, não muda o fato de que o regime constitucional da liberdade de imprensa, de acordo com o STF, seja um reforço das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão em sentido genérico, de modo a abarcar os direitos à produção intelectual, artística, científica e comunicacional:

A imprensa como plexo ou conjunto de “atividades” ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de *per se e* até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. (BRASIL, 2009a).

A conclusão a que chega o Supremo é que a ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa.

¹⁴⁶ CF/88: Art. 220, § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

“A traduzir, então, a ideia-força de que abrir mão da liberdade de imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do Poder, seja ele político, econômico, militar ou religioso.” (BRASIL, 2010).

Neste sentido, afirma o STF, a Constituição destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa, portanto, é “a mais avançada sentinela das liberdades públicas”, configurando-se como alternativa à explicação ou versão estatal daquilo que possa repercutir no seio da sociedade e “como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência” (BRASIL, 2010).

Para Camponez (2010, p. 75), Mill entende que a questão fundamental não reside apenas em assegurar a divulgação das ideias, em especial como uma forma de controle da Administração Pública, mas para permitir ainda melhores escolhas por meio do reforço dos mecanismos de mediação da comunicação.

O papel exercido pelos jornalistas também passa pela análise do Supremo, incluindo aspectos ligados às críticas humorísticas. Embora possa haver uma visão um tanto quanto romantizada da figura do jornalista, os profissionais sérios e comprometidos com seu trabalho podem ser abrangidos pela visão do STF, para quem os jornalistas aparecem “como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder”, enquanto profissionais do comentário crítico. “Pensamento crítico que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de humorismo”. Assim, a utilidade social do labor jornalístico compensa, e muito, eventuais excessos “desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa” (BRASIL, 2010).

Estes motivos levam o STF a considerar o jornalismo uma profissão diferenciada, exatamente por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. “O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada.” (BRASIL, 2009b).¹⁴⁷

A decisão veio após o Ministério Público Federal ajuizar ação civil pública em face da União defendendo a não-recepção, pela Constituição de 1988, do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972, de 1969,¹⁴⁸ o qual exigia o diploma de curso superior de jornalismo, registrado

¹⁴⁷ RE 511961, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009.

¹⁴⁸ Decreto-Lei nº 972/1969: Art. 4º O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de: [...] V - diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de “a” a “g” no artigo 6º.

pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. O dispositivo foi declarado não-recepcionado e, mais recentemente, revogado pela Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019.

Desse modo, o jornalismo e a liberdade de expressão não podem ser pensados e tratados separadamente, razão pela qual as liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre para a proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral.

Por isso, a exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional brasileira, pois “constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição”¹⁴⁹ (BRASIL, 2009b).

Diante de tais aspectos, o STF observa que programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, consideradas como sinônimo perfeito de “informação jornalística” (§ 1º do art. 220).

Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V.¹⁵⁰ A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas. (BRASIL, 2010).

Existe, segundo o Supremo, uma relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre, já que o pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna.

¹⁴⁹ CF/88: Art. 220, § 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

¹⁵⁰ CF/88: Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Por esta razão, o possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor (BRASIL, 2009a).

A este argumento, o STF ainda agrega a ideia de que o “humor jornalístico” enlaça o pensamento crítico, a informação e a criação artística (BRASIL, 2010).

A imprensa, para Mill (2000, p. 27), possui uma função primordial contra os governos corruptos e tirânicos, ainda que o filósofo tivesse a expectativa de que, um dia, não fosse mais preciso focar as energias nesse combate.

Ele supunha que não seria mais necessário argumentar contra a imposição de um Legislativo ou Executivo não identificado com os interesses do povo em determinar as opiniões que quer ouvir.

Passados 160 anos, a imprensa continua firme e atuante em tais quesitos, em especial contra a corrupção e a censura e pelo direito dos cidadãos se manifestarem livremente. A defesa da liberdade de imprensa segue sendo mais do que necessária, daí porque a decisão do STF estar em conformidade com as percepções de Mill.

As mesmas garantias contra quaisquer restrições também são válidas no período eleitoral. Para o STF, a liberdade de imprensa é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Se as emissoras de rádio e televisão podem, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral (BRASIL, 2010).

A única diferenciação na questão da imprensa, fruto do próprio tratamento dado pelo texto constitucional, será entre a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. É que, afirma o STF, o rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de “outorga” do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de radio-freqüências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: “o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos”. Essa imparcialidade, porém, não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Já a equidistância apenas veda às emissoras de rádio e televisão “encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo” (BRASIL, 2010).

Esta limitação representa uma clara intervenção do Estado, regulada de forma legal, para evitar abusos e um desequilíbrio nas relações, em especial na liberdade de expressão. A linha, que a princípio deve ser evitada segundo os argumentos de Mill, pode ser aplicada conforme a própria doutrina do filósofo inglês, pois visa a evitar um dano maior, consistente, no caso, ao enfoque que seria dado tão somente a um dos pontos de vista, eliminando a chance de

as opiniões divergentes serem compartilhadas ao maior número possível de pessoas e impedindo cada um de buscar seu livre convencimento.

Outra conduta vedada ocorrerá apenas quando a crítica ou matéria jornalísticas, segundo o STF, venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Uma hipótese que deve ser avaliada em cada caso concreto (BRASIL, 2010).

De acordo com o STF, há, porém, uma interdição parcial de legislar em relação ao chamado “núcleo duro” da liberdade de imprensa. Isso é observado na própria Carta Magna, que acrescentou o qualificativo de “plena” (§ 1º do art. 220)¹⁵¹ a uma atividade que já era “livre” (incisos IV e IX do art. 5º).¹⁵²

Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado “núcleo duro” da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. (BRASIL, 2009a).

Com esse entendimento, o Supremo afasta a possibilidade de intervenção estatal por meio de legislações que regulem a liberdade de imprensa, o que resultaria em inibição, cerceamento e censura. Mill (2000, p. 27) já alertava sobre estes riscos quando o governo inglês ingressou, em 1858, com processos contra a imprensa, o que considerou uma “intempestiva interferência na liberdade de discussão pública” e que, de forma alguma, enfraqueceu sua convicção.

Qualquer tipo de controle que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística configura, afirma o STF, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição¹⁵³ (BRASIL, 2009b).

¹⁵¹ CF/88: Art. 220, § 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

¹⁵² CF/88: Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

¹⁵³ CF/88: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. (BRASIL, 2009b).¹⁵⁴

Outro campo apreciado pelo STF envolve a interferência – e não a intervenção do Estado – nos meios de comunicação para a regulação de diversões e espetáculos públicos, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) questionando a competência da União para exercer “a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão” (BRASIL, 1991).¹⁵⁵ Trata-se, assim como na questão da classificação indicativa, de mera recomendação.

Em seu voto, o ministro Celso de Mello (BRASIL, 1991, p. 13-14) ressaltou que a solução dada pela Constituição de 1988 em relação ao sistema classificatório por faixa de idade não deve ser traduzido como uma “imposição coativa de critérios forjados pelo Estado”, que paralise o processo de criação artística ou inibam o exercício de sua livre expressão. “A classificação indicativa representa, no plano das relações dialógicas entre o Poder Público e os *mass media*, um sistema de mera recomendação que tem, nos veículos de comunicação de massas, o seu instrumento de realização”. Portanto, não pode haver situações que tornem inacessíveis ao público os espetáculos públicos em geral, devendo o exercício abusivo da liberdade de expressão de pensamento levar à responsabilidade civil ou penal de quem extrapola seus limites.

A imposição unilateral, por via administrativa, desses critérios, sobre tornar veementes os sinais de usurpação legislativa, descaracterizaria, por completo – é a consequência a que esse gesto parece conduzir – o livre exercício da manifestação do pensamento, além de representar uma inobservância explícita – por seus efeitos igualmente nocivos – da “fórmula proibitiva da censura”. (BRASIL, 1991, p. 14).

A única exceção pela intervenção lembrada pelo STF fica por conta do “estado de sítio” (art. 139, CF/88).¹⁵⁶

¹⁵⁴ Lógica semelhante é usada pelo STF (BRASIL, 2011b) para justificar que a atividade de músico prescinde de controle, principalmente porque constitui manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão. (RE 414426, Relatora: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011).

¹⁵⁵ ADI 392, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/1991.

¹⁵⁶ CF/88: Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens.

Assim, o Poder Público somente pode dispor “sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja”. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte (“quando necessário ao exercício profissional”); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos “meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); e composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição) (BRASIL, 2009a).

Conforme o STF, as regulações estatais, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, “repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa”. Trata-se de uma “peculiar fórmula constitucional” de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa, mas “sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso” (BRASIL, 2009a).

Em complemento às limitações trazidas pelo próprio texto constitucional, o STF observa que o art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Mas sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV) (BRASIL, 2009a).

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

As preocupações, novamente, trazem os conceitos do princípio do dano, largamente exposto na presente dissertação, mas com que o STF denomina de “calibração temporal ou cronológica” na incidência de ambos os blocos de dispositivos constitucionais – o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º. Em síntese, primeiro se assegura o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana.

[...] a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. (BRASIL, 2009a).

Um grande risco, o qual o STF se mostrou atento, fica para o grau desta punição *a posteriori* em caso de serem constatados abusos, ou melhor, danos concretos pela prática da liberdade de imprensa e, conseqüentemente, ao exercício da liberdade de expressão. Por isso, a Corte defende a proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais, já que a “excessividade indenizatória” é, em si mesma, “poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade”.

A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. (BRASIL, 2009a).

Cuidado maior é vislumbrado quando se trata de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, devendo recair “uma imperiosa cláusula de modicidade” quanto à indenização, pois todo agente público está sob permanente vigília da cidadania.

“E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.” (BRASIL, 2009a).

Da mesma maneira que Mill preceitua que cabe à própria sociedade se precaver de possíveis abusos, já que tem mecanismos suficientes para inibi-los, como a educação e a opinião pública, além de “penalidades naturais” – por exemplo, uma mídia mal-intencionada e tendenciosa perderia anunciantes, audiências e leitores –, o STF afirma que é da lógica encampada pela Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. “Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos.” Portanto, diz o Supremo que do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a “permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa” (BRASIL, 2009a).

Baseado no pensamento de Mill, diz O’Rourke (2001, p. 138) que uma restrição à discussão deve ser imposta pela opinião pública, e não por lei, pois “dar o poder legal da censura a qualquer pessoa é dar o poder de controle que pode ser usado e abusado de uma maneira potencialmente ilimitada”. Teríamos, aí, o iminente risco da tirania da maioria, já que a censura poderia ser usada para atender a interesses de grupos dominantes. Como consequência, temos um óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa, sendo “irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística”, considerados bens jurídicos “que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir” (BRASIL, 2009a).

As decisões do STF envolvendo a liberdade de imprensa mostram a grande influência das teorias liberais pela proteção deste direito fundamental e essencial aos regimes democráticos e plurais, bem como para a liberdade de expressão. Mesmo não havendo referências diretas a John Stuart Mill e sua filosofia, trata-se de um entendimento que preserva a essência do pensador inglês, especialmente ao considerar a liberdade de imprensa como um sobredireito da personalidade, ainda que para Mill esse direito em um grau de preferência devesse ser aplicado à liberdade de expressão de maneira ampla, evocando, sempre que necessário e conforme o caso concreto, a aplicação da devida responsabilidade. Trata-se de uma clara aplicação do princípio do dano e da liberdade, demonstrando os benefícios da livre discussão de opiniões quando se tem uma imprensa que busca a verdade, sem amarras e comprometida com ideais que combatam a corrupção e qualquer totalitarismo e, portanto, compromissada com a defesa dos próprios direitos humanos.

4.4 Divulgação de biografias: contribuição ao desenvolvimento humano

A divulgação de uma biografia sempre desperta interesses em se tratando de pessoas notórias, mas geralmente vem envolta de polêmicas. Nem sempre um detalhe exposto na obra, ainda mais se consistir em algo íntimo, agrada o biografado ou sua família, o que resulta na provocação do Judiciário para impedir a publicação daquele determinado trecho ou, pasme, de todo o conteúdo do livro.

No Brasil, o Código Civil dispõe em seus arts. 20 e 21¹⁵⁷ a necessidade de prévia autorização dos biografados ou de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para que a biografia chegue ao público, o que levou a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) a ajuizar em 5 de julho de 2012 uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.815 –, com requerimento de medida cautelar, objetivando a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, destes dispositivos.

Esta limitação à liberdade de expressão foi considerada inconstitucional pelo STF, o qual afirmou que a “autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular”. Pior ainda é o recolhimento de obras, caracterizando censura judicial em substituição à administrativa. Em caso de abusos, aquele que se sentiu ofendido tem o direito de buscar a devida reparação. “O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.” (BRASIL, 2015b).

Como abordamos no tópico relacionado ao discurso de ódio, é da essência do próprio princípio da liberdade de Mill que não haja nenhum tipo de obstáculo à liberdade de expressão, o que nitidamente abrange a divulgação de biografias. Ora, se defendemos aqui, com base no pensamento do filósofo inglês, que até mesmo uma publicação com esse tipo de conteúdo polêmico pudesse ser publicada, uma biografia, com nuances de produção artística e intelectual, não teria motivos suficientes para ser vedada. Se a obra extrapolar o relato de fatos e atacar e expor de maneira gratuita o biografado, é preciso se ater ao princípio do dano, ponderando o caso e intervindo se necessário.

¹⁵⁷ CC: Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

O ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2015b, p. 160-161) lembra da concepção de Mill sobre o processo coletivo de busca da verdade como uma das funções atribuídas à livre discussão e contraposição de ideias, afirmando que toda intervenção no sentido de silenciar uma opinião, ainda que ruim ou incorreta, seria perniciosa, pois é na colisão com opiniões erradas que é possível reconhecer a “verdade” ou as melhores posições.

Aliás, Camonez (2010, p. 75) afirma que Mill, na linha do pensamento iluminista, defende a ideia da liberdade intelectual como um domínio que não está sob a dependência dos outros e que não deve ser objeto de qualquer interferência, principalmente do “poder da maioria”, uma visão também muito próxima da adotada por Alexis de Tocqueville.

A importância do livro é tamanha que possui até mesmo imunidade tributária contida no art. 150, VI, “d”, da CF/88, cuja teologia, cita o STF, aponta para a proteção de valores, princípios e ideias de elevada importância, tais como a liberdade de expressão, voltada à democratização e à difusão da cultura; a formação cultural do povo indene de manipulações; a neutralidade, de modo a não fazer distinção entre grupos economicamente fortes e fracos, entre grupos políticos etc.; a liberdade de informar e de ser informado; e o barateamento do custo de produção dos livros, jornais e periódicos, de modo a facilitar e estimular a divulgação de ideias, conhecimentos e informações etc. Essa imunidade é aplicada justamente nos livros, que se constituem como veículos de ideias e de transmissão de pensamentos, o mesmo se aplicando ao livro digital (*e-book*) (BRASIL, 2017b).¹⁵⁸ Com as biografias não deve ser diferente.

O STF esclarece, portanto, que para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º da CF/88,¹⁵⁹ há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias (BRASIL, 2015b).

Assim, o Supremo declarou, ao analisar tais artigos do Código Civil, interpretados conforme à Constituição e em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística e produção científica, ser inexigível autorização de pessoa biografada “relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)” (BRASIL, 2015b).

¹⁵⁸ RE 330817, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2017.

¹⁵⁹ Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Ademais, ter acesso a obras literárias, incluindo as biografias, contribui de algum modo ao desenvolvimento humano, algo sempre defendido por Mill. Como lembra O'Rourke (2001, p. 148), Mill acreditava que não deveriam ser impostas restrições à aquisição de conhecimento, pois “ninguém sabe que conhecimento provará ser útil e qual é destinado a ser inútil”.

Para Mill, a liberdade intelectual é um pré-requisito necessário para alcançar a maior felicidade para o maior número. A experiência principal de cada pessoa é para si mesma, como indivíduo, uma consciência que evolui pelo emprego do intelecto. (O'ROURKE, 2001, p. 148, tradução nossa).¹⁶⁰

Por certo, a leitura de uma biografia sempre trará uma experiência que poderá ser sentida de um jeito ou de outro pelo leitor. Afinal, afirma o STF, biografia é história. E “a vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa” (BRASIL, 2015b).

4.5 Liberdade de reunião: a marcha das ideias

A liberdade de reunião guarda relação direta com a liberdade de expressão, já que possibilita que os indivíduos discutam, protestem e deliberem entre eles a respeito dos mais variados assuntos. Decisões podem ser tomadas e rumos políticos modificados a partir de encontros que coloquem no espaço público questões que precisam ser encaradas pela sociedade. Por meio da conscientização e do debate podemos evoluir como seres humanos e enquanto sociedade na busca da felicidade, argumentos fortes e presentes no ensaio de Mill.

Nos dizeres do próprio STF, a liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas (BRASIL, 2007).¹⁶¹ Por isso o Partido dos Trabalhadores (PT), a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT) ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com pedido de medida cautelar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto distrital nº 20.098, de 15 de março de 1999, que disciplinava “as manifestações públicas em locais que menciona”. Na prática, ficava vedada a realização de manifestações públicas, com a utilização de carros, aparelhos e objetos

¹⁶⁰ For Mill, intellectual freedom is a necessary prerequisite to achieve the greatest happiness for the greatest number. Each person's primary experience is of him- or herself as an individual, a consciousness of which evolves through the employment of intellect.

¹⁶¹ ADI 1969, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2007.

sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios e Praça do Buriti e vias adjacentes. A ação foi julgada procedente por unanimidade.

Assim, impedir a liberdade de reunião representa um ataque à democracia e à própria liberdade de expressão, sendo uma das características dos governos autoritários. Mas mesmo em um Estado de Direito Democrático, encontramos, com certa frequência, atos estatais que buscam impedir ou limitar esta liberdade. Outras vezes, podemos esbarrar em aspectos penais desarticulados com uma sociedade que se tem como plural e livre, havendo o risco de se criminalizar condutas que nada mais são do que expressão do pensamento. O risco não está em disseminar o suposto crime, mas em reprimir a opinião.

O STF enfrentou questão de grande repercussão ao ter de deliberar sobre a permissão da “Marcha da Maconha”, já que havia o risco, pela aplicação do art. 287 do Código Penal,¹⁶² de se ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive por meio de manifestações e eventos públicos.

Ao interpretar a realização deste ato, o Supremo considerou se tratar de uma manifestação legítima de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim), caracterizando uma “vinculação de caráter instrumental entre a liberdade de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento” (BRASIL, 2011a).¹⁶³

Segundo o STF, a liberdade de expressão é um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma República fundada em bases democráticas, sendo o direito à livre manifestação do pensamento o núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias. Por esta razão, deve haver a abolição penal (*abolitio criminis*) de determinadas condutas puníveis, por estarmos diante de um “debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso” (BRASIL, 2011a).

A discussão, prossegue a Corte, deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis. Existe, aí, um “sentido de alteridade do direito à livre expressão e o respeito às ideias que conflitem com o pensamento e os valores dominantes no meio social”,

¹⁶² CP: Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

¹⁶³ ADPF 187, Relator: Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011.

mesmo que não possua caráter absoluto (CF, art. 5º, incisos IV, V e X;¹⁶⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13, § 5º).¹⁶⁵ (BRASIL, 2011a).

Em outras palavras, o STF fala da importância de tolerância às ideias, por mais diferentes que sejam, afastando a intervenção do Estado e garantindo não apenas a liberdade de reunião, mas a liberdade de expressão de forma plena, com o alerta dos limites colocados na própria Constituição Federal e no Pacto de San José da Costa Rica, o que parece adequado com a teoria de Mill e seu princípio da liberdade ou do dano.

O ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011a, p. 142), em seu voto, aborda a experiência norte-americana, que para ele desenvolveu o tema das liberdades constitucionais ao grau da excelência, e traz os argumentos de John E. Nowak e Ronald R. Rotunda para explicar que o pensamento jurídico dos EUA partiu dos escritos de John Milton e da teoria utilitarista de John Stuart Mill, segundo a qual a “colisão de opiniões conflitantes ampliaria as chances de atingimento da verdade e do esclarecimento público”, para formular as justificativas da consagração, na Primeira Emenda à Constituição norte-americana, da liberdade de expressão (*free speech*) (NOWAK; ROTUNDA, 1991, p. 940 apud BRASIL, 2011a, p. 142).

A liberdade de reunião, portanto, reflete a necessidade de combinar visões opostas no debate pela verdade, o que, de acordo com Álvarez Gálvez (2009, p. 341), apoia a ideia de tolerância, especialmente no que diz respeito àqueles que fazem parte da minoria e que provavelmente serão marginalizados pela maioria. “Também, então, a verdade não é encontrada na maioria; a minoria não pode ser desprezada porque é precisamente a que fornece o contrapeso necessário para um equilíbrio sensato.”¹⁶⁶

Segundo Marcuse (1974, p. 83), o fundamento lógico da livre expressão e reunião, seguindo-se a premissa liberalista, consiste no caráter de total inclusão da tolerância, baseando-se, ao menos em teoria, na proposição de que os homens são indivíduos capazes – ou pelo menos potencialmente capazes – de “aprender a ouvir, ver e sentir por si mesmos, de desenvolver seus próprios pensamentos, de compreender seus verdadeiros interesses, direitos e aptidões, mesmo contra a autoridade e opinião estabelecidas”.

¹⁶⁴ CF/88: Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹⁶⁵ CADH: Art. 13, 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

¹⁶⁶ También entonces, la verdad no se encuentra sin más en la mayoría; la minoría no puede ser despreciada porque es, precisamente, la que aporta el contrapeso necesario para un sensato equilibrio.

Para o STF, a proteção constitucional à liberdade de pensamento representa uma salvaguarda não apenas das ideias e propostas prevalentes no âmbito social, mas, sobretudo, “como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais” (BRASIL, 2011a).

O princípio majoritário, que desempenha importante papel no processo decisório, não pode legitimar a supressão, a frustração ou a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício do direito de reunião e a prática legítima da liberdade de expressão, sob pena de comprometimento da concepção material de democracia constitucional. (BRASIL, 2011a).

Ocorre que o Supremo coloca restrições ao exercício da liberdade de reunião e de expressão quando em conflito com o direito de greve e segurança.

De acordo com o STF, o exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, “é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública”, sendo obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do Código de Processo Civil (CPC),¹⁶⁷ para vocalização dos interesses da categoria (BRASIL, 2017c).¹⁶⁸

A decisão se deu de forma dividida e, ao inibir a manifestação de uma categoria, ainda que ligada à segurança, afasta-se das premissas expostas por Mill e pela própria Corte em decisões anteriores, como na própria ADPF 187.

Neste sentido, destacamos o voto vencido do ministro Edson Fachin (BRASIL, 2017c, p. 15). Ele admite que a restrição do direito de greve a policiais civis possa ser medida necessária e adequada à proteção do legítimo interesse público na garantia da segurança pública, porém frisa que a proibição completa do exercício do direito de greve inviabiliza o gozo de um direito fundamental.

Dessa forma, existe ofensa à proporcionalidade, que deve ser verificada em qualquer limitação a um direito fundamental.

¹⁶⁷ CPC: Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

¹⁶⁸ ARE 654432, Relator: Min. Edson Fachin, Relator p/ Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2017.

Isso porque o direito de greve deriva das liberdades de reunião e de expressão, direitos que, como já reconheceu esta Corte, constituem pilares do Estado Democrático de Direito. Assim, ainda que se admita eventual restrição ao exercício desse direito, não pode a limitação simplesmente inviabilizá-lo, retirando-lhe um núcleo mínimo de significação. Esse argumento é ainda mais relevante caso se tenha em conta que é, em tese, possível estabelecer condicionantes para o exercício do direito de greve, a fim de mitigar a interferência que o movimento paredista pode causar em serviços públicos essenciais. (BRASIL, 2017c, p. 15-16).

Assim, o ministro Edson Fachin prega a adoção de algum tipo de interferência do Estado para regulamentar este exercício, considerando a proibição medida desproporcional.

Essa intervenção do Estado em impedir reuniões públicas é algo duramente criticado por Mill, que narra uma passagem interessante que vivenciou na Inglaterra. Segundo ele, o governo tóri havia apresentado um projeto de lei que proibia a reunião pública nos parques, o que causou reações adversas.

Não só me pronunciei duramente contra como me uni ao grupo de liberais avançados que, ajudados pela circunstância de que a sessão legislativa estava quase para ser encerrada, derrotaram o projeto mediante o procedimento de prolongar os debates até que não houvesse tempo para votar. Desde então o projeto não foi reapresentado. (MILL, 2006, p. 237).

O episódio é relatado em detalhes por O'Rourke (2001, p. 151-152). De acordo com ele, Mill primeiro abordou na Câmara dos Comuns (*House of Commons*) sobre os distúrbios no *Hyde Park*, ocorridos em julho de 1866 e motivados pela decisão do governo de proibir uma reunião da Liga da Reforma (*Reform League*)¹⁶⁹ marcada para o dia 23 daquele mês. Os organizadores da assembleia protestaram, liderando a marcha até os portões trancados do parque e depois se dirigiram para a *Trafalgar Square*, enquanto outros ficaram para trás e derrubaram as grades. A desordem pública ocorreu por quase três dias. Mill colocou a culpa do distúrbio diretamente ao governo, que não levou em consideração o sentimento do público, já que as pessoas acreditavam que tinham o direito de se encontrar no parque. Além disso, uma semana depois, durante uma reunião particularmente turbulenta e barulhenta da Liga da Reforma, Mill se dirigiu a multidão e deixou claro que reuniões públicas não são meramente usadas apenas

¹⁶⁹ A Liga da Reforma, segundo Cannon (2015, p. 768), foi criada em 1865 para pressionar pela instituição do sufrágio universal voltado a toda população masculina adulta do país. Seus porta-vozes parlamentares incluíam Gladstone e John Bright. Ajudou a impulsionar a Segunda Lei de Reforma de Disraeli, de 1867. Os historiadores contestam se a pressão popular foi decisiva ou se a Segunda Lei de Reforma foi o resultado de alta manobra política. CANNON, John A. Reform League. In: CANNON, John; CROWCROFT, Robert (ed.). **The Oxford Companion to British History**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 768.

para discussão, mas também para “demonstração”. “Mill estava ampliando a noção de liberdade de expressão além da discussão para incluir a demonstração, entrando assim nas águas turvas do que constitui expressão.” (O’ROURKE, 2001, p. 152, tradução nossa).¹⁷⁰

Um ano depois, Mill continuou com seus comentários em oposição ao projeto de lei que visava a regulamentar as reuniões nos Parques Reais. A partir disso, O’Rourke (2001, p. 151) verifica que os argumentos de Mill a favor da liberdade de expressão foram explicitamente declarados.

Ele [Mill] defende o direito absoluto à liberdade de pensamento e discussão, incluindo discussões políticas acaloradas, linguagem ameaçadora e demonstrações públicas em situações que, às vezes, como durante os distúrbios de julho de 1866, podem ser potencialmente voláteis. (O’ROURKE, 2001, p. 152, tradução nossa).¹⁷¹

Conforme Schapiro (1943, p. 156), Mill tornou-se um fervoroso defensor da educação popular, pois isso criaria uma atitude mental por parte das massas que seria favorável ao progresso. E essa confiança também passava pela liberdade de reunião, essencial para o homem comum ouvir a razão, desde que os canais da verdade fossem mantidos abertos: “apelo aos fatos e não a preconceitos, discussões abertas e liberdade de reunião”.

Dessa forma, é preciso ter em vista, diz o Supremo, a função contramajoritária da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, sendo inadmissível a “proibição estatal do dissenso”. É necessário, afirma o STF, respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil compreendida como espaço privilegiado que deve valorizar o conceito de “livre mercado de ideias” (BRASIL, 2011a).

Neste aspecto, já abordamos que deve haver cuidados no sentido dado pelo Supremo da existência do “*free marketplace of ideas*” como um “elemento fundamental e inerente ao regime democrático” (BRASIL, 2011a), pois nem sempre as opiniões de minorias se farão ser ouvidas, havendo o perigo iminente de se consolidar a voz daqueles que já exercem um tipo de domínio cultural, político ou econômico, o que Mill chamava de “tirania da maioria”.

Apesar disso, como ressalta o próprio STF, é importante termos em nossa sociedade um conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções divergentes. A livre circulação

¹⁷⁰ Mill was here broadening the notion of freedom of expression beyond discussion to include demonstration, thereby entering the murky waters of what it is that constitutes expression.

¹⁷¹ He is defending the absolute right to freedom of thought and discussion, including heated political diatribes, threatening language and public demonstrations in situations which at times, such as during the July 1866 riots, can be potentially volatile.

de ideias é um signo identificador das sociedades abertas, “cuja natureza não se revela compatível com a repressão ao dissenso e que estimula a construção de espaços de liberdade em obsequio ao sentido democrático que anima as instituições da República” (BRASIL, 2011a).

Na visão de Urbinati (2002, p. 47), a concepção de Mill sobre as assembleias, enquanto corpos “falantes” e agonísticos, era inequivocamente democrática. Esse aspecto central de seu pensamento político, geralmente ignorado, lança uma nova luz sobre seu entendimento da democracia moderna. “Mostra que existem várias maneiras de participar de uma democracia representativa por meio de formas e instituições mediadas.”¹⁷² É democrático, diz a autora, dar à assembleia uma voz – idealmente para dar voz a todas as reivindicações e ideias por meio da representação – porque a voz é o meio em que a cidadania ativa e passiva encontra e molda a identidade complexa da polis moderna.

Como bem observa Álvarez Gálvez (2009, p. 340), permitir a liberdade de expressão é essencial tanto se a opinião que defendemos for falsa como se for verdadeira. No primeiro caso, porque só então podemos sair do nosso erro; no segundo, porque somente assim entenderemos completamente sua verdade.

Logo, é preciso interpretar o art. 287 do Código Penal em harmonia com as liberdades fundamentais de reunião, de expressão e de petição (BRASIL, 2011a), afastando a possibilidade de se criminalizar como apologia ao crime uma conduta revestida de um dos mais preciosos bens do ser humano: a livre manifestação do pensamento e discussão.

4.6 Debate político: reforço democrático pela liberdade de expressão

O debate político, diante de sua relevância para a definição dos representantes do povo eleitos pelo voto direto, possui uma dupla função em assegurar a liberdade de expressão e reforçar a democracia.

A importância é tamanha que o STF considera que o princípio da liberdade de expressão assume, no aspecto político, uma dimensão instrumental ou acessória, estimulando a ampliação do debate público. Isso permite que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos (BRASIL, 2015a).¹⁷³

Esta análise foi feita depois de o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) questionando artigos da

¹⁷² It shows there are various ways to participate in a representative democracy through mediated forms and institutions.

¹⁷³ ADI 4650, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015.

Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) e da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) referentes às doações por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais e a partidos políticos.

A assertiva guarda relação direta com as reflexões de Mill, que defende a ampla discussão especialmente pela busca da verdade. No caso, teremos a escolha de determinada proposta pelo cidadão, o qual acredita que satisfaz suas exigências e padrões ideológicos. Isso não quer dizer que seja a melhor opção. E aí é interessante trazermos algumas considerações em relação à liberdade e à verdade.

De acordo com Marcuse (1974, p. 81), com base nas palavras de Mill, há uma relação interna entre liberdade e verdade. Existe um sentido em que a verdade é o fim da liberdade, devendo a liberdade definir-se e limitar-se pela verdade. Ocorre que a liberdade é autodeterminação, autonomia, estipulando a capacidade de cada um para determinar a própria vida: “ser capaz de determinar o que fazer e o que deixar de fazer, o que suportar, o que não suportar”.

O autor ressalta que o sujeito dessa autonomia, todavia, nunca é o indivíduo como realmente é; antes disso, é o indivíduo como ser humano, capaz de ser franco com os outros. O problema desta autonomia será criar uma sociedade em que a pessoa não seja escrava de instituições que “viciam a autodeterminação em sua essência”.

Em outros termos, a liberdade ainda está por ser criada, mesmo para as mais livres das sociedades existentes. E a direção em que deve ser procurada e as mudanças institucionais e culturais que podem auxiliar a atingir a meta são, pelo menos na civilização desenvolvida, compreensíveis, isto é, podem ser identificadas e projetadas, com base na experiência, pela razão humana. (MARCUSE, 1974, p. 81).

O debate político, desde que plural, pode auxiliar nesta busca por uma nova sociedade, ainda que nosso aprendizado democrático seja bem recente, formado por erros e acertos, mas marcado pela corrupção de parte dos políticos que se sucedem. Logo, aponta Marcuse (1974, p. 82) que a liberdade de pensamento e de expressão são condições prévias para se encontrar o caminho da liberdade, o que também requer tolerância.

Nos casos apreciados pelo STF nas ADIs 5.423, 5.487, 5.488 e 5.577, a principal discussão era se o regramento trazido pelo art. 46 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) se traduzia ou não em afronta à Constituição, já que estipulava que só era assegurada a participação em debates de candidatos dos partidos com representação superior a nove deputados, sendo facultada a dos demais. O Supremo entendeu de maneira negativa, afirmando não haver nenhuma violação à Carta Magna, incluindo à liberdade de expressão.

A mudança na redação do art. 46 havia sido feita pela Lei nº 13.165/2015, já revogada, tendo-se atualmente uma nova redação, dada pela Lei nº 13.488/2017.¹⁷⁴ Pelo novo regramento, o número é reduzido para cinco parlamentares, que ainda devem possuir representação no Congresso Nacional e não mais apenas à Câmara dos Deputados. Essa alteração amplia a possibilidade de participações nos debates, mas não modifica a essência da decisão, tanto que não houve novos questionamentos.

O STF concorda que todos os partidos políticos têm direito à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, inclusive aqueles sem representação na Câmara dos Deputados [ou no Congresso]. No entanto, considera válida a divisão de parte do tempo de propaganda com base na representatividade do partido político, “desde que o critério de divisão adotado não inviabilize a participação das pequenas agremiações” (BRASIL, 2016c).¹⁷⁵

Segundo o Supremo, as emissoras de TV e rádio podem realizar debates eleitorais de forma facultativa, mas a partir do momento que decide promovê-los, deve obedecer a diretrizes mínimas fixadas em lei, com o objetivo de assegurar (i) o pluralismo político (democracia), (ii) a paridade de armas entre os candidatos na disputa eleitoral (isonomia) e (iii) o direito à informação dos eleitores (liberdade de expressão) (BRASIL, 2016c).

Existe uma preocupação sólida do STF em garantir pluralismo e equidade nos debates eleitorais, o que caminha junto com os ideais millianos.

Já em relação à definição dos participantes dos debates, a Corte entendeu como válida a fixação, por lei, de um critério objetivo que conceda à parcela dos candidatos, chamados de “candidatos aptos”, o direito subjetivo à participação nos debates, não podendo a emissora de TV ou de rádio a ele se opor, ainda que com a concordância de outros candidatos. E afirma que esse critério adotado pela legislação brasileira assegura a participação nos debates dos candidatos de partidos ou coligações que tenham representatividade – antes o exigido era o mínimo de 10 deputados federais, sendo agora ao menos cinco parlamentares, de ambas as Casas de Leis, uma ampliação importante para atender aos princípios da liberdade de expressão, de democracia e da isonomia. “Trata-se de critério razoável, coerente com as normas relativas à propaganda eleitoral vigentes no país e que cumpre as finalidades constitucionais acima citadas.” (BRASIL, 2016c).

¹⁷⁴ Lei 13.488/2017: Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação no Congresso Nacional, de, no mínimo, cinco parlamentares, e facultada a dos demais, observado o seguinte: [...]

¹⁷⁵ ADI 5487, Relatora: Min. Rosa Weber, Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2016.

O STF frisa ainda que tal regra não obsta a participação nos debates de legendas com menor representatividade, pois podem participar a critério das emissoras de rádio e televisão. Aponta também que esse direito de participação em debates eleitorais se distingue da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, já que “não tem assento constitucional e pode sofrer restrição maior, em razão do formato e do objetivo desse tipo de programação” (BRASIL, 2016b).¹⁷⁶

Todavia, o legislador não fechou as portas do debate político a candidatos de partidos ou coligações que tenham menos de 10 deputados federais [5 parlamentares pela nova redação], tampouco tolheu por completo a liberdade de programação das emissoras de TV e rádio. Unindo essas duas preocupações, a Lei nº 9.504/1997 facultou que as emissoras convidem para os debates candidatos com representatividade inferior à exigida na lei (ADI 5487), independentemente de concordância dos candidatos aptos, conforme critérios objetivos que atendam os princípios da imparcialidade e da isonomia e o direito à informação, a ser regulamentado pelo Tribunal Superior Eleitoral (ADI 5488). No caso de competidores bem colocados nas pesquisas de intenção de voto, é razoável concluir que as emissoras terão estímulos para promover a sua inclusão, tanto como forma de aumentar a audiência, quanto de garantir a credibilidade do programa. (BRASIL, 2016c).

Essa possibilidade de deliberação dos “candidatos aptos” sobre o número de participantes do debate, prevista no art. 46, § 5º, da Lei Eleitoral,¹⁷⁷ deve ser compreendida, afirma o STF, restritivamente. Isso porque, os próprios candidatos com participação garantida não podem, sob pena de ofensa à democracia, à isonomia e à liberdade de expressão, excluir candidatos convidados pela emissora de TV ou rádio. Nesse caso, teríamos um evidente conflito de interesses, tendo em vista que o poder de decidir sobre a participação de um competidor ficaria nas mãos de seus próprios adversários, “que, por óbvio, não têm nenhum estímulo para conceder espaço nos meios de comunicação de massa a quem possa subtrair seus votos e visibilidade” (BRASIL, 2016c).

Para o Supremo, a norma deve ser interpretada no sentido de somente possibilitar que 2/3 dos “candidatos aptos” acrescentem novos participantes ao debate, ou seja, candidatos que não tenham esse direito assegurado por lei nem tenham sido previamente convidados pela emissora (BRASIL, 2016c), havendo a necessidade de fixação pelo Tribunal Superior Eleitoral

¹⁷⁶ ADI 5423, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2016.

¹⁷⁷ Art. 46, § 5º Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional.

de critérios objetivos que atendam aos princípios da imparcialidade e da isonomia e ao direito à informação (BRASIL, 2016d).¹⁷⁸

Por fim, conclui afirmando que, embora deva haver a máxima cautela em relação a alterações legislativas que promovam ajustes “na sintonia fina entre os postulados da democracia, da isonomia, autonomia partidária, dos direitos à informação, à liberdade de programação e jornalística das emissoras de rádio e televisão e à liberdade de expressão”, entre outros, não afronta a Constituição Federal “a calibragem do modelo eleitoral” promovida pelo art. 46, *caput*, da Lei das Eleições (BRASIL, 2016e).¹⁷⁹

O estabelecimento de tais regramentos para propiciar a participação de determinados candidatos em detrimentos de outros não parece ser o mais apropriado para garantir a divulgação plena de opiniões dissidentes e de se buscar a verdade, ou pelo menos aquela opinião que faça mais sentido a um determinado eleitor. Tanto que a decisão do STF não se deu por unanimidade de votos. É compreensível que em um sistema político como o brasileiro, que permite a participação de um volume considerável de candidatos a cargos eletivos, seja difícil ou praticamente inviável às redes de TV e emissoras de rádio abrangerem o debate político a todos. Mas a partir do momento que se tem uma única restrição, especialmente daqueles que representam uma minoria, fere-se a liberdade de expressão, o que Mill jamais aceitaria.

Nessa linha está o voto do ministro Celso de Mello (BRASIL, 2016b, p. 198), que embora vencido verifica ser necessário o reconhecimento do direito de oposição e a afirmação da necessidade de assegurar-se a proteção às minorias políticas, as quais se qualificam “como fundamentos imprescindíveis à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito”. E traz, mesmo de forma indireta, o pensamento de Mill, citado pelo professor Luiz Pinto Ferreira, para quem “a livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia”, uma impossibilidade já reconhecida pelo filósofo inglês:

Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas *Considerations on Representative Government*, quando fala da verdadeira e da falsa democracia (*of true and false Democracy*): ‘A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria.’ (PINTO FERREIRA, 1971, p. 195-196 apud BRASIL, 2016b, p. 197-198).¹⁸⁰

¹⁷⁸ ADI 5488, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2016.

¹⁷⁹ ADI 5577, Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2016.

¹⁸⁰ Cf. ADI 5488/DF, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2016, p. 98-99; ADI 5577/DF, Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2016, p. 186-187; e ADPF 187/DF, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011, p. 88-89.

Uma das frases mais famosas de Mill também pode ser bem aplicada neste caso:

Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade. (MILL, 2000, p. 29).

Segundo Urbinati (2002, p. 78), Mill pensou que a representação proporcional garantiria a eleição de “bons” intelectuais e limitaria o poder da maioria, mas apesar de suas intenções elitistas, sua justificação desse sistema eleitoral teve implicações democráticas que ainda são relevantes. Seu argumento antecipou claramente os principais temas da teoria democrática deliberativa contemporânea e, em parte, continua a ser usado para defender a representação proporcional, sendo um argumento pela liberdade política. Mill criticava a “tirania da maioria” e destacava a afinidade entre a representação proporcional e o poder supremo da assembleia de garantir “a liberdade da nação”.

Logo, seria de se esperar que, para o filósofo, a manutenção de uma proporcionalidade passasse pela troca de ideias entre todos os candidatos, e não apenas entre aqueles que pudessem representar tão somente uma maioria, ainda que Mill defendesse que só concorressem ao pleito aqueles candidatos que fossem mais capacitados.

No geral, afirma Urbinati (2002, p. 102), Mill considerava como principal desvantagem da democracia moderna o fato de instituições poderosas se interporem entre o povo e o processo de votação, gerando concorrência política. Tanto que as duras críticas de Mill ecoaram na descrição de Weber sobre partido, definida como “uma máquina que distorce o julgamento político e manipula a seleção de candidatos”. Era o partido, em conjunto com o sistema eleitoral majoritário, o maior responsável em restringir a competição entre indivíduos e gerar escolhas eleitorais medíocres.

Se considerarmos os debates eleitorais nos moldes atuais como uma forma de interferência indireta no processo, já que as discussões, a postura e a performance do candidato podem pesar na decisão de voto, então a restrição legislativa também seria dentro da perspectiva de Mill como um dos fatores que leva à eleição de políticos mal preparados. Evidente que uma gama de influências externas e internas contribui para a decisão do eleitorado, mas a reflexão de Mill pode e deve ser transpassada para nossos dias.

Como pondera Marcuse (1974, p. 86), em uma autêntica democracia, prevalece a livre discussão e, dentro da estrutura estabelecida, ela é tolerante em larga extensão, podendo-se ouvir todos os pontos de vista: “o comunista e o fascista, o da esquerda e o da direita, o

branco e o negro, os paladinos do armamento e do desarmamento”. E essa possibilidade ganha ainda a chance de intermináveis debates pelos meios de comunicação, em que a opinião estúpida é tratada com o mesmo respeito que a inteligente, o mal informado pode falar tanto quanto o informado, a propaganda prossegue de par com a educação e a verdade com a falsidade.

Essa pura tolerância de sensatez e insensatez justifica-se pelo argumento democrático de que ninguém, nem grupo nem indivíduo, está de posse da verdade e é capaz de definir o que é certo e errado, bom e mau. Por conseguinte, todas as opiniões em debate devem ser submetidas ao povo para deliberação e escolha. (MARCUSE, 1974, p. 86).

Nesta linha, o sociólogo e filósofo alemão cita que o argumento democrático implica ainda na condição necessária de que: *i*) o povo deva ser capaz de deliberar e escolher na base do conhecimento; *ii*) tenha acesso à informação autêntica e *iii*) nessa base, sua avaliação deva resultar de pensamento autônomo.

Assim, a partir do momento em que se silencia uma opinião, estabelecendo critérios para garantir um pseudopluralismo, não se tem liberdade de expressão por completo e nem a autêntica democracia aclamada por Herbert Marcuse. Especialmente porque não existe liberdade de expressão pela metade. Nem democracia ou isonomia parcial. Algo que o liberalismo e o utilitarismo de Mill rechaçaria.

A fim de se dar o devido cumprimento aos princípios constitucionais aqui já elencados, bem como à doutrina de Mill, é preciso a criação de mecanismos para o debate político ocorrer em sua completude. Com a participação de todos os candidatos ao pleito. Uma adequação dos tempos das programações, das regras dos debates, da forma das perguntas e respostas e dos sorteios, por exemplo, daria o formato necessário para que o debate político seja, de fato, abrangente. E pouco importa que as grandes massas, a audiência ou o público geral não se interesse por um ou outro candidato. Todos, sem exceção, têm o direito de expressar seus pontos de vista.

5 CONCLUSÃO

A liberdade de expressão configura uma das liberdades mais importantes e fundamentais do ser humano, base de todo regime verdadeiramente democrático. Faz exteriorizar no mundo aquilo que pensamos, refletimos e sonhamos. As opiniões são compartilhadas, geram discussões, avanços e retrocessos. Pelo debate e diálogo é possível mudarmos a sociedade, possibilitando um embate intelectual permanente e a disputa entre diferentes visões e argumentos. Ao mesmo tempo, reações extremistas e violentas podem ser propagadas com semelhante velocidade, representando um efeito colateral que é fruto, especialmente, da intolerância.

Ao propagarmos livremente uma opinião, enfrentamos a grande questão: saber até que ponto a liberdade de expressão é absoluta. Estaria ela sujeita a restrições? E quais seriam estes limites? O Estado deve interferir e intervir nesta liberdade individual?

As dúvidas que permearam este trabalho são comumente enfrentadas pela Filosofia e pelo Direito, invadindo diferentes campos do saber, como a Sociologia e a Comunicação Social, já que se expressar é também se comunicar. Também por isso, a escolha do tema levou em consideração a possibilidade de ser desenvolvido de forma interdisciplinar. Ao analisar a maneira como cada campo interpreta a liberdade de expressão e confrontá-los, contribuições importantes podem ser agregadas.

Sem liberdade de expressão, não temos uma imprensa livre. Sem liberdade de expressão, estamos fadados ao silêncio imposto pela censura. Sem liberdade de expressão, deixamos de existir enquanto indivíduos. A liberdade de expressão faz parte dos direitos humanos, sendo impossível dissociá-los. E, como tal, aparece como direito fundamental em todas as Constituições democráticas.

Quando se fala em direitos fundamentais, é preciso, em primeiro lugar, considerar sua elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos em um ordenamento jurídico, possuindo ainda aplicação imediata, independente de leis regularizadoras, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 5º, § 1º).¹⁸¹

Na prática, os direitos fundamentais são um elemento básico para a própria realização do princípio democrático e visam a assegurar, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político (art. 1º, inc. III, da CF/88).

¹⁸¹ CF/88: Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Deste modo, esta é também a prerrogativa que a liberdade de expressão e outras liberdades e direitos dela decorrentes, como o direito à informação, a liberdade de reunião e a liberdade de imprensa, passam a desempenhar em um Estado democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana, enquanto fonte e medida de todos os valores, estará sempre acima de qualquer direito positivo e aparecerá como um critério interpretativo do ordenamento constitucional. Ou seja, todos os atos da esfera pública e privada devem ser pautados por esse axioma máximo. E garantir a liberdade de expressão passa a ser uma das metas a ser perseguida para respeitar os próprios direitos humanos.

Assim, discutir a liberdade de expressão também significa adentrar na esfera dos direitos humanos, por isso ambos caminharam lado a lado no decorrer desta dissertação e aparecem juntos com frequência nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF). Os casos apreciados pela Corte serviram como parâmetro para a análise do tratamento dado à liberdade de expressão no ambiente brasileiro e a forma como é entendida, considerando as principais situações em que foi necessária a resolução judicial de confrontos inerentes ao seu exercício.

O estabelecimento de um norte interpretativo da liberdade de expressão pela perspectiva do STF, todavia, não se mostrava suficiente pela nossa proposta. Ao definir a temática, era importante verificar quais autores, ao longo da história, poderiam ser considerados referenciais no assunto, cujas ideias tivessem causado impacto em suas épocas e que ainda reverberariam nos dias atuais.

A escolha ficou para o filósofo inglês do século XIX, John Stuart Mill (1806-1873), um liberal e utilitarista, considerado um dos pioneiros do liberalismo democrático, que escreveu o ensaio “A Liberdade”, publicado em 1859, uma obra complexa e frequentemente citada em favor da defesa intransigente da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa, com uma forte doutrina social e filosófica. Tanto que, nos EUA, a Suprema Corte carrega decisões históricas pela liberdade de expressão tendo a doutrina de Mill como base. Restava investigar se seu pensamento também repercutia no ordenamento jurídico brasileiro e quais contribuições poderia trazer para ampliar esta liberdade que nos é tão cara.

Os argumentos apresentados por Mill, quando expostos pela primeira vez, constituíram uma proposta inovadora e radical para boa parte de seus contemporâneos. Embora ele inicie seu ensaio tratando da proteção contra governos corruptos ou tirânicos, o principal foco é a liberdade individual. Uma de suas premissas mais conhecidas e propagadas quando o assunto é liberdade de expressão se tornou parâmetro para toda e qualquer menção ao filósofo pela defesa da liberdade de expressão: “Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais

legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade”. Mas resumir o ideal de Mill em uma única frase e ainda descontextualizada é empobrecer a grande contribuição que o filósofo oferece para o indivíduo ser livre ao emitir sua opinião.

As pessoas devem ser livres para se expressar, mas principalmente ouvir todos os lados, mesmo aqueles que lhes possam parecer mais desagradáveis e até imorais. Isso propicia o próprio desenvolvimento humano. Podemos evoluir intelectualmente e melhorar enquanto sociedade. Para atingir esse patamar, Mill dá ênfase especial ao papel desempenhado pela verdade, embora não ingresse nos aspectos subjetivos que envolvem o termo, sejam eles filosóficos ou jurídicos, e à falibilidade, isto é, todas as pessoas são passíveis de falha, estão sujeitas a erro, podem se enganar. Diante disso, desenvolve duas hipóteses principais para quando deparamos com uma opinião.

Na primeira hipótese, a opinião pode ser verdadeira. Ou seja, não se tem uma certeza absoluta sobre ela. Isso leva aqueles que pretendem suprimi-la a negar a verdade. Para este grupo, o lado certo é aquele que defende, não admitindo que pode errar. Neste caso, não há discussão possível, o que é um equívoco, já que a opinião deve ser formada cuidadosamente e ser a mais verdadeira possível. Com discussão e experiência, como diz Mill, os homens podem corrigir seus erros e buscar obter a veracidade daquela opinião ou constatar que de fato se tratava de algo correspondente à realidade dos fatos. Mas em nenhuma circunstância deve ser imposta. Será pela comparação e debate de ideias que cada pessoa formará sua convicção e crescerá individualmente.

Assim, tanto opiniões verdadeiras como falsas são importantes para a sociedade e merecem ser divulgadas, incluindo argumentos mais radicais. Afinal, cada um terá uma visão sobre determinado assunto. O espaço para discussão precisa ser aberto e acessível, sem juízos de valor, pois ninguém é infalível. Para Mill, seria um equívoco se negar a ouvir uma opinião porque a condenamos, sendo necessário haver tolerância a todos os sentimentos e opiniões. Querer proteger alguma crença de ataques públicos, sob a alegação de que ela é indispensável “à moral e aos bons costumes”, como é comum ouvirmos, representa censura praticada contra aqueles que discordam daquela crença.

Infelizmente, o Estado nem sempre se mantém afastado destas questões. Governantes e juízes, com certa frequência, tendem a colocar uma carga de parcialidade quando sentem que sua convicção é atacada, adotando ações revestidas de legalidade para propagar o autoritarismo e a censura e impor o que pensa em detrimento da livre expressão, em uma clara intervenção em desfavor do indivíduo.

É certo que a verdade nem sempre triunfará contra a perseguição e as mentiras, como ocorre com as *fake news*, mas cedo ou tarde haverá o seu restabelecimento. Uma certeza que Mill nos dava pelo fato de que sempre existirão pessoas aptas a redescobri-la e de reforçá-la até que finalmente avance e resista a ataques e refutações. Por isso, uma opinião deve ser continuamente verificada. É o que diferencia uma sociedade com um povo intelectualmente ativo, que sempre contesta princípios e valores, daquela em que as pessoas aceitam passivamente e cegamente aquilo que lhes é colocado.

Na segunda hipótese, Mill admite que a opinião é verdadeira, mas adverte sobre o perigo de seu valor não ser examinado, encerrando qualquer debate. O resultado será a existência de um dogma morto, algo até mesmo banal, sem qualquer relevância para a sociedade. O conflito de ideias sempre será algo sadio, seja para reforçar a verdade daquela opinião e os argumentos usados para defendê-la, seja para refutar as razões contrárias. Até porque, opiniões opostas também podem carregar algo de relevante para a construção de nossas convicções.

Apesar de todos estes argumentos centrais em defesa de uma ampla liberdade de expressão, ela não é absoluta. A tolerância vai até o limite dos danos causados a terceiros, o que levou Mill a desenvolver um princípio fundamental para a compreensão desta liberdade, chamado princípio do dano ou da liberdade. Fatos que ofendam, causem prejuízos à reputação, à honra e à moral estão sujeitos a algum tipo de sanção. Só então a intervenção estatal pode ser autorizada. Isso significa que a liberdade de expressão, na visão de Mill, guarda relação com um Estado antipaternalista.

O desenvolvimento deste princípio também carrega grande complexidade. Tanto que as correntes interpretativas de Mill se dividem entre a chamada visão tradicional e, as mais recentes, denominadas revisionistas.

Para a tradicional, o princípio da liberdade ou do dano está mais ligado a uma teoria de justiça que propriamente de moralidade. Se uma restrição à liberdade deve ser imposta para prevenir danos a terceiros, há o risco de qualquer razão ser usada para justificar uma limitação. Da mesma forma, não serviria para promover a felicidade ou o bem-estar da coletividade, pois nestes casos não há nenhum dano envolvido.

Os revisionistas darão nova dimensão a esta interpretação, pois Mill levava em conta os direitos legalmente constituídos. Portanto, alguns interesses gozam de proteção legal e até mesmo se sobressaem frente a outros, sendo os mais importantes a autonomia e a segurança. São estas regras morais que fundamentam as obrigações de justiça, impedindo a invasão da autonomia alheia ou ações que gerem insegurança. Apenas quando tais interesses vitais, que

serão a área de autoproteção (*self-regarding*) do indivíduo, estivessem em risco é que pode haver alguma intervenção ou interferência.

Não há, na obra de Mill, nenhuma definição do que vêm a ser os danos a terceiros. Este conceito aberto é proposital, pois vai depender do contexto em que está inserido em cada sociedade, com seus valores e normas, e do caso concreto para que se verifique a sua incidência. Mas o filósofo sabia que mesmo havendo a necessidade de proteger a individualidade e a livre circulação de opiniões, algumas regras de conduta são necessárias para uma vida civilizada, garantindo que uma pessoa não prejudique outra indiscriminadamente ou a opinião seja utilizada para instigar atos danosos. De certa maneira, o Direito dará uma direção ao sentido da caracterização e aplicação do que configurará o dano.

Assim, aplicar o princípio da liberdade ou do dano depende de todo o conjunto do pensamento milliano, sendo preciso haver equilíbrio nesta equação entre autonomia/individualidade e interferência/intervenção.

Os limites, quando necessários, devem ser extremamente criteriosos e apenas em último caso. Fazendo uma analogia ao Direito Penal, seria a *ultima ratio*, uma espécie de princípio da intervenção mínima, em que o Estado somente deve intervir nos casos de ataques de maior gravidade aos bens jurídicos mais importantes. Nas situações mais extremas, deve-se optar por algum tipo de controle social, cuja própria sociedade exerça um papel regulamentário, afastando a intromissão do Estado. Por isso, Mill dizia que a sociedade possui um grande poder, presente na educação, na opinião pública e na possibilidade de aplicar “penalidades naturais”, devendo dar preferência à persuasão, com informação e conscientização, ao invés da coerção.

A doutrina de Mill possui uma importante carga filosófica e humana que pode ser transmutada ao Direito, o que nos levou a investigar, em primeiro lugar, a maneira como a liberdade de expressão é tratada no âmbito do STF diante dos confrontos com outros direitos, em situações próprias da vida em sociedade.

Ao fazermos o levantamento e a análise dos julgados do STF, enfrentamos uma tarefa árdua, mas agregadora na medida em que cada construção hermenêutica revelava as influências e as bases doutrinárias dos ministros do STF para respaldar seus votos. Alguns com cargas jusfilosóficas valiosas, mas cuja conclusão extrapolava a linha estabelecida, não guardando relação com as referências usadas para embasar seus argumentos. Identificamos, por exemplo, forte influência da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, bem como do Tribunal Constitucional Federal alemão, sendo utilizados especialmente autores ligados à área do Direito. Na Filosofia, a preferência, de modo geral, se deu por pensadores contemporâneos, em especial pelo italiano Norberto Bobbio. Em poucos votos, os ministros recorreram a John

Stuart Mill. A título didático, as citações a Mill, de forma direta ou indireta, ocorreram em apenas oito dos 27 julgados que serviram como base a este trabalho, sendo o filósofo inglês lembrado por somente seis dos 23 ministros responsáveis pelos acórdãos selecionados. Na maior parte das vezes, de forma mais superficial, sem uma conexão mais profunda com a doutrina milliana.

A constatação de uma presença distante do pensamento de Mill e da própria Filosofia na Suprema Corte brasileira evidencia o quanto a liberdade de expressão é um processo em construção, possuindo um espaço vasto para se desenvolver em nossa democracia. Muito disso se dá por conta do Direito, enquanto campo científico, gozar de uma forte autonomia, abrindo pouco ou quase nenhuma oportunidade para que outras forças possam atuar e somar à decisão judicial, sem se apegar tanto ao positivismo jurídico. A grosso modo, com a quebra deste paradigma teríamos votos realmente interdisciplinares na apreciação de uma determinada lide.

Os casos julgados pelo STF também mostram a evolução do pensamento constitucional brasileiro em matéria de liberdade de expressão. Antes, porém, de apontarmos o quanto o pensamento de J. S. Mill pode impactar nas decisões, é importante traçarmos a linha que vem sendo adotada pela Corte e que deve servir como parâmetro aos demais Tribunais brasileiros.

Em linhas gerais, o Supremo considera a liberdade de expressão como um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, cujo exercício não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular. É proibida qualquer censura, bem como sua anulação por outra norma. Apesar disso, o direito à livre manifestação do pensamento não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, encontrando restrições no próprio texto da Constituição. Entre estes limites, está a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende a preservação do direito à honra e o respeito à integridade da reputação pessoal.

O direito à livre expressão também não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal, como ocorre nas situações que caracterizem crimes contra a honra (calúnia, difamação e/ou injúria).

Por estes motivos, o STF entende que o discurso de ódio, ao fazer apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias, constitui crime de racismo, não podendo um direito individual servir de salvaguarda de condutas ilícitas. Deve prevalecer os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

O mesmo se aplica à religião. O discurso proselitista é da essência de seu integral exercício, de tal modo que alcançar o outro, mediante persuasão, configura comportamento

intrínseco às religiões, não sendo ilícito fazer uso do discurso para criar até mesmo certa animosidade entre outras práticas religiosas. Assim, um livro que considera inferiores os praticantes de fé distinta, mas sem sinalização de violência, dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais, embora revele conduta intolerante, pedante e prepotente, insere-se no cenário do embate entre religiões, decorrente da liberdade de proselitismo e da liberdade de expressão religiosa. A exceção ficará para condutas discriminatórias.

É em relação à liberdade de imprensa, todavia, que o entendimento do STF se revela mais contundente. Para a Corte, a liberdade de imprensa é um reforço das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão em sentido genérico, de modo a abarcar os direitos à produção intelectual, artística, científica e comunicacional. Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as agarras da censura, devendo o bloco constitucional dos direitos que dão conteúdo a esta liberdade preceder sobre aquele dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. No caso de ser necessário assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa, a incidência de outros blocos de direito deve se dar *a posteriori*.

Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa, portanto, são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos, em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação, havendo uma relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia.

Por fim, destacamos o que representa a liberdade de reunião e de expressão sob a ótica do STF, com o direito à livre manifestação do pensamento sendo o núcleo em que se irradiam os direitos de crítica, protesto, discordância e livre circulação de ideias. O debate, nestes casos, não se confunde com incitação ou apologia ao crime, não existindo possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis.

Toda esta construção jurisprudencial levou em conta casos que marcaram o Direito constitucional brasileiro. Entre os mais importantes, consideramos a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.815, em que esteve em análise a divulgação de biografias sem necessidade de autorização; as ADIs 5.423, 5.487, 5.488 e 5.577, que trataram sobre a liberdade de expressão e os debates eleitorais, verificando principalmente a possibilidade ou não de se limitar o número de candidatos participantes; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, que revogou a Lei de Imprensa e estabeleceu a posição de precedência e de sobredireito da personalidade à liberdade de imprensa e, conseqüentemente, à liberdade de

expressão; a ADPF 187, sobre a liberdade de reunião e de expressão referente à realização da Marcha da Maconha; o *Habeas Corpus* (HC) 82.424, o qual ficou conhecido como caso Elwanger, em que esteve em discussão o discurso de ódio, a liberdade de expressão, o antissemitismo e o racismo; e o Inquérito (Inq) 4.694, envolvendo o então candidato à Presidência da República, Jair Bolsonaro, com o questionamento da liberdade de expressão e a imunidade parlamentar.

Claro que os demais acórdãos analisados foram relevantes para demarcar nesta dissertação o conteúdo da linha de pensamento estabelecido pelo Supremo em relação à liberdade de expressão e merecem de igual modo uma leitura atenta.

Ao fazermos a comparação do entendimento formado pelo STF com a filosofia de John Stuart Mill, trazendo as decisões à luz de seu pensamento, um leque de possibilidades interpretativas se abre. Isso não significa que os votos poderiam ser distintos em extremos opostos. Pelo contrário. A liberdade de expressão já goza de posição privilegiada no ordenamento jurídico brasileiro, mas possui espaço para ser aprimorada. O principal problema está justamente nos limites enxergados pelo Supremo. Existe uma tendência mais conservadora, positivista, uma cautela até certo ponto exagerada, em dar esse contraponto. Talvez por receio de trazer um aspecto absoluto a uma liberdade em que os ministros insistem em dizer que não é absoluta. Mill também verifica restrições possíveis, mas não precisa ponderá-la a todo momento, já que seu liberalismo, utilitarismo e antipaternalismo aclaram a questão.

A ocorrência de danos a terceiros, um princípio colocado de forma genérica por Mill para estabelecer algum limite à liberdade de expressão, tem para o Direito brasileiro uma espécie de regramento próprio: a não incidência em um fato delituoso. O que se vê frequentemente, porém, é a tendência de interpretar falas mais fortes, inconvenientes, polêmicas e controversas como racismo e discriminação, de transformar qualquer ofensa em calúnia, injúria e/ou difamação, de apontar como violações à intimidade e à vida privada ações que não necessariamente expõem o outro. Tudo acontece de uma maneira mais apressada do que realmente intenta o discurso. Como se houvesse uma pré-disposição em se buscar a configuração do dano para barrar o que incomoda.

Os argumentos de Mill são claros e precisos de que não serão quaisquer danos que merecerão a intervenção ou interferência do Estado. Por certo, há mais opiniões imorais e politicamente incorretas que poderiam ser consideradas como realmente são: opiniões. Com isso, os argumentos jurídicos feitos pelos ministros, se colocados lado a lado com a doutrina de Mill, poderiam pender de forma ainda mais favorável à liberdade de expressão. Poucos, no entanto,

são os ministros que fazem referência ao filósofo inglês nos acórdãos analisados, a saber: Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Marco Aurélio. Embora nem todas as citações contextualizam devidamente os argumentos de Mill, trazem importantes apontamentos e decidem em consonância com a visão do filósofo. Curiosamente, votos vencidos, como o do ministro Marco Aurélio em questão envolvendo o discurso de ódio ou do ministro Celso de Mello sobre limitações à participação de candidatos em debates eleitorais, guardam uma relação de maior proximidade com os preceitos millianos.

Um dos pontos que evidencia uma mudança possível de entendimento está no julgamento dos casos relacionados ao discurso de ódio. Este tipo de discurso, que por si violaria os direitos humanos, representa em um bom número de situações uma opinião execrável, mas que não deixa de ser a visão de um determinado indivíduo ou grupo. Coibir essa mensagem para preservar a dignidade da pessoa humana significa atingir essa própria dignidade por meio da prática da censura. Para Mill, uma opinião falsa se combate com mais debate e opiniões verdadeiras.

Da mesma forma, impedir uma pessoa de assumir um cargo público por conta de uma tatuagem considerada obscena ou abusiva também fere a autonomia e individualidade, havendo mecanismos que possam reduzir qualquer impacto que seria encarado como desrespeito por parcela da sociedade.

Outro exemplo está na possibilidade de se limitar a participação de candidatos a cargos eletivos nos debates em rádio e TV, veículos de comunicação que possuem concessão pública para seu funcionamento. É evidente que um número elevado de participantes não se adaptaria aos formatos da mídia, mas delimitar uma única opinião já é suficiente para termos um ataque à liberdade de expressão, uma situação que para Mill seria inconcebível.

Por estas razões, retomar o pensamento do filósofo inglês pode abrir portas e contribuir para se modificar posicionamentos hoje majoritários no âmbito do STF. As pessoas devem ser livres ao exprimirem suas visões sem reservas, cientes da responsabilidade civil e criminal que isso pode acarretar, estando sujeitas a punições posteriores por conta daquilo que propagaram.

O que fica bastante claro, e é de vital importância para se garantir a liberdade de expressão, afastando a interferência ou intervenção estatal e quaisquer tipos de controles, incluindo da própria sociedade, fica para a ponderação conforme o caso concreto. A partir daí, deve ser considerada a ocorrência de danos contra terceiros, mas sempre *a posteriori* e de forma proporcional, não excessiva, entre o fim que se busca e o meio utilizado em uma colisão de

direitos fundamentais. A Constituição de 1988, inclusive, adotou em seu art. 220 a responsabilização posterior do indivíduo ou órgão que abusa do direito de liberdade de manifestação ou informação.¹⁸² Os conflitos da vida em sociedade possuem suas particularidades e detalhes que devem ser levados em conta pelo Juízo. Se não fosse dessa forma, o risco de injustiças seria ainda maior. A consideração da dignidade da pessoa humana, porém, é um valor primordial, do qual não se pode escapar.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer a liberdade de expressão como um sobredireito, um bem superior da personalidade, e de valorar seu exercício na maioria esmagadora dos casos, assegurando, em primeiro lugar, a manifestação do pensamento, criação e informação, dá um passo importante para termos uma sociedade livre, mais plural, com respeito à autonomia e à individualidade e sem censura.

O STF pode, entretanto, a exemplo do Direito norte-americano, em que predomina a adoção do critério formulado da posição preferencial (*preferred position*) em abstrato da liberdade de expressão e informação quando em conflito com os direitos da personalidade – em razão da relevância dessa liberdade como condição indispensável para funcionamento de uma sociedade aberta –, incorporar de forma mais contundente o pensamento de J. S. Mill para embasar seus julgados, o que estimularia os debates públicos e reforçaria a própria democracia enquanto processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais.

Afinal, democracia e liberdade de expressão possuem uma relação de interdependência. Juntas, funcionam como garantidoras das liberdades e da dignidade da pessoa humana, valores máximos dos ordenamentos jurídicos que prezam por tais valores. São essenciais às sociedades que se queiram livres, sem qualquer vestígio totalitário que reprima seus cidadãos e busque calar a voz da sociedade, já que a defesa da liberdade intelectual se trata de uma condição necessária do progresso e desenvolvimento humano, um dos principais objetivos perseguidos por Mill.

A liberdade de expressão, por exemplo, alimenta a imprensa, que aparece como um importante instrumento para denunciar os desmandos e a corrupção que permeiam as atividades dos atuais governos, investigar, noticiar e fiscalizar, atuando como *watchdog*, o cão de guarda da sociedade a favor da democracia. Também assegura a troca entre os governantes e os governados, estabelecem a ordem do dia dos temas que alimentarão as conversas entre os cidadãos, estimulando o debate político e contribuindo para a formação da opinião pública pluralista –

¹⁸² CF/88: Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos e, portanto, premissa para o exercício de outros direitos fundamentais.

Mill alerta, porém, para um dos principais problemas enfrentados pela democracia, o da “tirania da maioria”. Por meio dela, a própria sociedade pode exercer um papel de pressão e coerção contra a pessoa, eliminando de fato a sua autonomia. A solução trazida pelo filósofo inglês é estimular o pensamento individual e procurar uma melhor competência para a representação política, isto é, uma maior participação popular nas decisões coletivas e gente mais qualificada na ocupação dos cargos públicos.

A partir do momento em que o cidadão se conscientiza dos problemas da sociedade, recebe orientação e esclarecimentos para a tomada de posição para escolher os dirigentes da nação, do Estado ou do município, contribui para a inserção dos problemas da sociedade na agenda e forma seu juízo sobre as políticas públicas implementadas pelos representantes eleitos. Com isso, ele exerce uma influência ainda maior no processo democrático, afastando a “tirania da maioria” e podendo votar com maior clareza e compromisso. Em outras palavras, exerce a própria cidadania em defesa dos direitos fundamentais, em especial da liberdade de expressão.

Sem a garantia da liberdade de expressão, não se compromete apenas a democracia, mas os próprios direitos humanos, já que eles se inter-relacionam e se completam na medida em que um não pode coexistir sem o outro. Como, então, alcançar um estágio avançado no que diz respeito à liberdade de expressão e aos direitos humanos?

Para chegarmos ao nível de tolerância e compreensão propostos por Mill é preciso, acima de tudo, respeito com as diferenças e com as minorias e, principalmente, com quem discorde da nossa visão de mundo. Parece utópico fazermos isso sem o auxílio do Estado, por isso desenvolver a liberdade de expressão sob a ótica milliana demanda um amadurecimento enquanto sociedade e um certo grau de desenvolvimento intelectual. O diálogo aberto e constante é um dos caminhos para atingir tal ideal. Desde que “A Liberdade” foi publicada, 160 anos se passaram. Saímos do século XIX e adentramos no século XXI sem tantas perspectivas de que os ensinamentos de Mill sejam colocados em prática na sua integralidade. Mas esperamos que a liberdade de expressão seja de fato algo inerente aos direitos humanos. Sem censura. Sem danos. Sem preconceitos e estereótipos. Apenas um debate sadio e permanente para garantir nossa individualidade e, ao mesmo tempo, o bem comum.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. BVerfGE 7, 198 (Lüth-Urteil). Reclamação Constitucional contra decisão judicial, 15 jan. 1958. *In*: MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 381-395.

ALTMAN, Andrew. Liberalism and Campus Hate Speech: a philosophical examination. **Ethics**, Chicago, v. 103, n. 2, p. 302-317, Jan. 1993.

ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo. **Utilitarismo y derechos humanos**: la propuesta de John Stuart Mill. Madrid – México: Plaza y Valdés Editores, 2009. (Colección Theoria cum Praxi).

APPIAH, Kwame Anthony. What's Wrong with Defamation of Religion? *In*: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (ed.). **The content and context of hate speech**: rethinking regulation and responses. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 164-182.

ARAÚJO, Cicero R. de. Prefácio. *In*: SIMÕES, Mauro Cardoso. **John Stuart Mill**. Rockville, MD: GlobalSouth Press, 2016. p. 10-11.

ARCHARD, David. Freedom Not to be Free: the case of the slavery contract in J. S. Mill's On Liberty. **The Philosophical Quarterly**, Oxford, v. 40, n. 161, p. 453-465, Oct. 1990.

ARNESON, Richard J. Democracy and Liberty in Mill's Theory of Government. **Journal of the History of Philosophy**, Baltimore, v. 20, n. 1, p. 43-64, Jan. 1982.

_____. Paternalism, utility, and fairness. **Revue Internationale de Philosophie**, Bruxelles, v. 43, n. 170 (3), L'Éthique égalitariste / Egalitarian Ethics, p. 409-437, 1989.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: **Teoria Geral, vol. 1**: Introdução. As pessoas. Os Bens. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AUBERT, Jean-François. Democracia direta. *In*: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. (orgs.) **Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 201-209.

BAUM, Bruce. J. S. Mill and Liberal Socialism. *In*: URBINATI, Nadia; ZAKARAS, Alex (ed.). **J. S. Mill's Political Thought: a bicentennial reassessment**. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 98-123.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. Barueri: Manole, 2003.

BERLIN, Isaiah. Introdução. *In*: MILL, John Stuart. **A liberdade; Utilitarismo**. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Clássicos). p. VII-LIV.

_____. John Stuart Mill and the ends of life. *In*: GRAY, John; SMITH, G. W. (ed.). **J.S.Mill's 'On liberty' in focus**. London/New York: Routledge, 1991. (Routledge philosophers in focus series). p. 131-161.

_____. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. (Coleção Pensamento Político, 39).

BERMUDO, J. M. **Eficacia y justicia: posibilidad de un utilitarismo moral**. Barcelona: Editorial Horsori, 1992.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. 8. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. (Coleção Pensamento Crítico, v. 69).

_____. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. **O futuro da democracia**. 10. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006. (Pensamento crítico, 63).

BOGEN, James; FARRELL. Daniel M. Freedom and Happiness in Mill's Defence of Liberty. **The Philosophical Quarterly**, St Andrew, v. 28, n. 113, p. 325-338, Oct. 1978.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 392/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade – Regulamento – Possível extravasamento revelado quando da edição de regulamento resolve-se no campo da legalidade. Descabe, no caso, discuti-lo em demanda direta de inconstitucionalidade. A Portaria n. 773 do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça consubstancia o regulamento de que cogita o artigo 74 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança), sendo impróprio o ajuizamento, contra ela, da citada demanda. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de junho de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266332>. Acesso em: 4 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Decreto 20.098/99, do Distrito Federal. Liberdade de reunião e de manifestação pública. Limitações. Ofensa ao art. 5º, XVI, da Constituição Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 de junho de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2404/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Classificação indicativa. Expressão que tipifica como infração administrativa a transmissão, via rádio ou televisão, de programação em horário diverso do autorizado, com pena de multa e suspensão da programação da emissora por até dois dias, no caso de reincidência. Ofensa aos arts. 5º, inciso IX; 21, inciso XVI; e 220, caput e parágrafos, da Constituição Federal.

Inconstitucionalidade. Relator: Min. Dias Toffoli, 31 de agosto de 2016a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13259339>. Acesso em: 12 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Lei n. 9.612/98. Radiodifusão comunitária. Proibição do proselitismo. Inconstitucionalidade. Procedência da ação direta. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 16 de maio de 2018a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748485216>. Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF**. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439/DF**. Ensino religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio laicidade do Estado/liberdade religiosa. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas. Conformidade com art. 210, § 1º, do texto constitucional. Constitucionalidade do artigo 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e do Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil promulgado pelo Decreto 7.107/2010. Ação direta julgada improcedente. Relator: Min. Roberto Barroso, 27 de setembro de 2017a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650/DF**. Direito Constitucional e Eleitoral. Modelo normativo vigente de financiamento de campanhas eleitorais. Lei das Eleições, arts. 23, § 1º, incisos I e II, 24 e 81, caput e § 1º. Lei Orgânica dos Partidos Políticos, arts. 31, 38, inciso III, e 39, caput e § 5º. Critérios de doações para pessoas jurídicas e naturais e para o uso de recursos próprios pelos candidatos. [...] Violação aos princípios democrático e da igualdade política. Captura do processo político pelo poder econômico. “Plutocratização” do prélio eleitoral. Limites de doação por naturais e uso de recursos próprios pelos candidatos. Compatibilidade material com os cânones democrático, republicano e da igualdade política. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de setembro de 2015a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil). [...] Mérito: aparente conflito entre princípios constitucionais: liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia (art. 5º incs. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º e 2º) e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, inc. X). Adoção de critério da ponderação para interpretação de princípio constitucional. Proibição de censura (estatal ou particular). Garantia constitucional de indenização e de direito de resposta. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 10 de junho de 2015b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5423/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 46, caput, expressão “superior a nove deputados”, e 47, § 2º, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), com a redação da Lei nº 13.165/15. Debates eleitorais no rádio e na televisão. Participação garantida aos candidatos dos partidos políticos com representação superior a nove deputados. Critério razoável de aferição da representatividade do partido. Distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita. Compreensão do princípio da igualdade em seu aspecto material. Legitimação popular das agremiações par-

tidárias. Improcedência do pedido. Relator: Min. Dias Toffoli, 25 de agosto de 2016b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14222689>. Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5487/DF**. Direito Eleitoral. Ações diretas de inconstitucionalidade. Alterações promovidas pela Lei nº 13.165/2015 nas regras de divisão do tempo de propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão e nos requisitos para participação em debates. Interpretação conforme a Constituição ao § 5º do art. 46 da Lei nº 9.504/1997. Relatora: Min. Rosa Weber, 25 de agosto de 2016c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14222692>. Acesso em: 2 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5488/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 46, caput e § 5º, da Lei nº 9.504/1997, com a redação conferida pela Lei nº 13.165/2015, e art. 32, § 5º, da Resolução nº 23.457/2015 do TSE. Definição do número de candidatos participantes dos debates eleitorais. Garantia de participação de candidatos de partidos políticos com representação superior a 9 (nove) parlamentares na Câmara dos Deputados. Possibilidade de a emissora convidar outros candidatos. Interpretação conforme à Constituição. Relator: Min. Dias Toffoli, 31 de agosto de 2016d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14222718>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5577/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Eleições. Debates eleitorais. Lei nº 13.165/15. Alteração do art. 46, caput, da Lei nº 9.405/97. Anterioridade da Lei Eleitoral. Representatividade na Câmara dos Deputados. Exigência. Improcedência. Relatora: Min. Rosa Weber, 25 de agosto de 2016e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14222697>. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da

liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. [...] Não recepção em bloco da Lei nº 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação. Relator: Min. Carlos Britto, 30 de abril de 2009a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 16 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental – [...] “Marcha da Maconha” – Manifestação legítima, por cidadãos da República, de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim) – [...] A Liberdade de expressão como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma República fundada em bases democráticas – [...] A proteção constitucional à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias e propostas prevalecentes no âmbito social, mas, sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais – [...] Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de junho de 2011a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo 891647/SP**. Recurso extraordinário com agravo (Lei nº 12.322/2010) – Embargos de declaração recebidos como recurso de agravo – Queixa-crime – Condenação penal imposta a jornalista – Delito de injúria (CP, art. 140) – Reconhecimento, no caso, pelo Colégio Recursal, da ocorrência de abuso no exercício da liberdade de opinião – Decisão do Colégio Recursal que se apoiou, para tanto, em elementos de prova (inclusive no que concerne à autoria do fato delituoso) produzidos no processo penal de conhecimento – Pretendida revisão do acórdão recorrido dependente de exame de matéria fático-probatória, insuscetível de análise em recurso extraordinário (Súmula 279/STF) – Recurso de agravo improvido. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de setembro de 2015c. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9412755>. Acesso em: 19 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 82424/RS**. Habeas corpus. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 141949/DF**. Habeas corpus. 2. Crime de desacato a militar (art. 299 do Código Penal Militar). 3. Controle de constitucionalidade (arts. 1º; 5º, incisos IV, V e IX, e 220 da Constituição Federal) e de convencionalidade (art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 4. Alegada ofensa à liberdade de expressão e do pensamento que se rejeita. 5. Criminalização do desacato que se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito. 6. Ordem denegada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 13 de março de 2018b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14700730>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Inquérito 4694/DF**. Declarações – Caráter Discriminatório – Inexistência. Declarações desprovidas da finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação não se investem de caráter discriminatório, sendo insuscetíveis a caracterizarem o crime previsto no artigo 20, cabeça, da Lei nº 7.716/1989. Denúncia – Imunidade parlamentar – Artigo 53 da Constituição Federal – Incidência. A imunidade parlamentar pressupõe nexos de causalidade com o exercício do mandato. Declarações proferidas em razão do cargo de Deputado Federal encontram-se cobertas pela imunidade material. Relator: Min. Marco Aurélio, 11 de setembro de 2018c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5136/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. § 1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”). Violação da liberdade de expressão. Inexistência. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Juízo de ponderação do legislador para limitar

manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte. Medida cautelar indeferida. Ação julgada improcedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 1º de julho de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088799>. Acesso em: 25 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 330817/RJ**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Imunidade objetiva constante do art. 150, VI, d, da CF/88. Teleologia multifacetada. Aplicabilidade. Livro eletrônico ou digital. Suportes. Interpretação evolutiva. Avanços tecnológicos, sociais e culturais. Projeção. Aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou e-readers). Relator: Min. Dias Toffoli, 8 de março de 2017b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501630>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 414426/SC**. Direito Constitucional. Exercício profissional e liberdade de expressão. Exigência de inscrição em conselho profissional. Excepcionalidade. Arts. 5º, IX e XIII, da Constituição. Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão. Relator: Min. Ellen Gracie, 1º de agosto de 2011b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628395>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 511961/SP**. Jornalismo. Exigência de diploma de curso superior, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Liberdades de profissão, de expressão e de informação. Constituição de 1988 (art. 5º, IX e XIII, e art. 220, caput e § 1º). Não recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-lei nº 972, de 1969. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 898450/SP**. Recurso extraordinário. [...] Tatuagem. Concurso público. Edital. Requisitos para o desempenho de uma função pública. Ausência de previsão em lei formal estadual. Impossibilidade. Ofensa ao art. 37, I, da Constituição da República. [...] Impedimento do provimento de cargo, emprego ou função pública decorrente da existência de tatuagem no corpo do candidato. [...] Violação aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade de expressão, da proporcionalidade e do livre acesso aos cargos públicos. [...] Situações excepcionais. Restrição. As tatuagens que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representem obscenidades impedem o acesso a uma função pública, sem prejuízo do inafastável *judicial review*. [...] Recurso extraordinário a que se dá provimento. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de agosto de 2016f. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12977132>. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário com Agravo 654432/GO**. Constitucional. Garantia da segurança interna, ordem pública e paz social. Interpretação teleológica dos art. 9º, § 1º, art. 37, VII, e art. 144, da CF. Vedação absoluta ao exercício do direito de greve aos servidores públicos integrantes das carreiras de segurança pública. Relator: Min. Edson Fachin, 05 de abril de 2017c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14980135>. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134682/BA**. Recurso ordinário em habeas corpus. Direito Penal. Crime de racismo religioso. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Imprescritibilidade. Previsão constitucional expressa. Livro. Publicação. Proselitismo como núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa. Trancamento da ação penal. Relator: Min. Edson Fachin, 29 de novembro de 2016g. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>. Acesso em: 28 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146303/RJ**. Recurso ordinário em habeas corpus. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa.

Limites excedidos. Recurso ordinário não provido. Relator: Min. Edson Fachin, 6 de março de 2018c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>. Acesso em: 23 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4451/DF**. Medida Cautelar em Ação direta de inconstitucionalidade. Incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997. Relator: Min. Ayres Britto, 2 de setembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2613221>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRINK, David O. Mill's Deliberative Utilitarianism. *In*: LYONS, David (ed.). **Mill's utilitarianism: critical essays**. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997. (Critical essays on the classics). p. 149-183.

_____. Mill's liberal principles and freedom of expression. *In*: TEN, C. L. (ed.). **Mill's On Liberty: a critical guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. (Cambridge Critical Guides). p. 40-61.

_____. Millian principles, freedom of expression, and hate speech. **Legal Theory**, New York, v. 7, n. 2, p. 119-157, June 2001.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A dimensão constitucional do estado social de direito na Espanha. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, n. 2, p. 105-131, jan./mar. 2008.

CAMPONEZ, Carlos. Os impasses sobre a liberdade de imprensa no pensamento utilitarista. *In*: CAMPONEZ, Carlos; PEIXINHO, Ana Teresa (coord.). **Reflexões sobre a liberdade: 150 anos da obra de John Stuart Mill**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p. 69-78.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. (Manuais Universitários).

CARDOSO, Sérgio. Por que República? Notas sobre o ideário democrático e republicano. *In*: CARDOSO, Sérgio (org.). **Retorno ao republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. (Humanitas). p. 45-66.

CARDOZO, Benjamin Nathan. Opinion of the Court. *In*: UNITED STATES. Supreme Court of the United States. **Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319**. Appeal from The Supreme Court of errors of Connecticut. Author: Benjamin Nathan Cardozo, December 6, 1937. Disponível em: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep302/usrep302319/usrep302319.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020. p. 320-329.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo Caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CAYROL, Roland. Os meios de comunicação. *In*: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. (orgs.) **Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 335-344.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CLOR, Harry M. Mill and Millians on Liberty and Moral Character. **The Review of Politics**, New York, v. 47, n. 1, p. 3-26, Jan. 1985.

COHEN-ALMAGOR, Raphael. Introduction. *In*: COHEN-ALMAGOR, Raphael (ed.). **Liberal democracy and the limits of tolerance: essays in honor and memory of Yitzhak Rabin**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000. p. 1-23.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Rumo à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORNU, Daniel. **Ética da informação**. Trad. Laureano Pelegrin. Bauru: Edusc, 1998.

COWLING, Maurice. **Mill and liberalism**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

CRANSTON, Maurice. John Stuart Mill and Liberty. **The Wilson Quarterly**, Washington, D.C, v. 11, n. 5, p. 82-91, winter 1987.

CRISP, Roger. **Routledge philosophy guidebook to Mill on utilitarianism**. London/New York: Routledge, 1997. (Routledge philosophy guidebooks).

CRUZ, Rui Paulo da. Media, desenvolvimento, prática e crítica da democracia e do jornalismo. *In*: GUIMARÃES, César; JÚNIOR, Chico. (orgs.). **Informação e democracia**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000. p. 15-38.

DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a construção da democracia no Brasil: tendências recentes. **Journal of Iberian and Latin American Research**, v. 7, n. 1, p. 75-104, July 2001.

_____. ¿Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando? *In*: MATO, Daniel. (coord.). **Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización**. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004, p. 95-110.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEUBEL, André-Noel Roth. **Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación**. Bogotá: Ediciones Aurora, 2007.

DEVIGNE, Robert. **Reforming liberalism: J. S. Mill's use of ancient, religious, liberal, and romantic moralities.** New Haven; London: Yale University Press, 2006.

DONNER, Wendy. John Stuart Mill on Education and Democracy. *In: URBINATI, Nadia; ZAKARAS, Alex (ed.). J. S. Mill's political thought: a bicentennial reassessment.* New York: Cambridge University Press, 2007. p. 250-274.

DONOHUE, Brian. Rhetoric, Harm, and the Personification of Progress in Mill's *On Liberty*. **Ratio Juris**, Oxford; Malden, v. 20, n. 2, p. 196–212, June 2007.

DOWBOR, Ladislau. Brasil: um outro patamar. Propostas de estratégia. **Série Cadernos FLACSO**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 7-37, out. 2010.

DUPONT-WHITE, Charles. Préface. *In: MILL, John Stuart. La Liberté.* 2. ed. Trad. Dupont-White. Paris: Guillaumin et Cie, 1864.

DWORKIN, Gerald. **Mill's On Liberty: critical essays.** Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, 1997. (Critical essays on the classics).

_____. Paternalism. *In: DWORKIN, Gerald (ed.). Mill's On Liberty: critical essays.* Lanham/Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 1997. (Critical essays on the classics). p. 61-82.

FEINBERG, Joel. Profound offense. *In: DWORKIN, Gerald (ed.). Mill's On Liberty: critical essays.* Lanham: Rowman & Littlefield, 1997. (Critical essays on the classics). p. 137-166.

_____. **The moral limits of the criminal law**, v. 3: Harm to self. New York: Oxford University Press, 1986.

FERRARI, Vincenzo. Democracia e informação no final do século XX. *In: GUIMARÃES, César; JÚNIOR, Chico. (orgs.). Informação e democracia.* Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000. p. 163-209.

FERRAZ, Hermes. **A democracia na sociedade moderna: ensaio**. São Paulo: João Scortecci Editora, 1994.

FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. Legitimidade na constituição de 1988. *In*: FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson (orgs.). **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989. p. 13-58.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FITZPATRICK, John R. **John Stuart Mill's political philosophy: balancing freedom and the collective good**. London; New York: Continuum, 2006. (Continuum Studies in British Philosophy).

FUCHS, Alan E. Autonomy, Slavery, and Mill's Critique of Paternalism. **Ethical Theory and Moral Practice**, New York, v. 4, n. 3, Cultivating Emotions, p. 231-251, Sept. 2001.

FUNK, Nanette. Mill and Censorship. **History of Philosophy Quarterly**, Champaign, v. 1, n. 4, p. 453-463, Oct. 1984.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAN, André Ricardo. Aspectos de uma liberdade utilitarista em J. S. Mill. *In*: CARVALHO, Marcelo et al. (Org.). **Ética e filosofia política**. São Paulo: ANPOF, 2015. p. 283-300.

GARCIA, Maria. A democracia e o modelo representativo. *In*: GARCIA, Maria (coord.). **Democracia, hoje**. Um modelo político para o Brasil. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 41-82.

GRAY, John. **Liberalisms:** essays in political philosophy. London/New York: Routledge, 1989.

_____. John Stuart Mill: traditional and revisionist interpretations. **Literature of Liberty: a review of contemporary liberal thought**, San Francisco, v. II, n. 2, p. 7-37, Apr./June 1979.

_____. John Stuart Mill On Liberty, utility, and rights. *Nomos*, New York, v. 23, Human Rights, p. 80-116, 1981.

_____. **Mill on Liberty:** a defence. 2. ed. London/New York: Routledge, 1996.

_____; SMITH, G.W. Introduction. *In:* GRAY, John (ed.). **J.S.Mill's 'On liberty' in focus**. London; New York: Routledge, 1991. (Routledge philosophers in focus series). p. 1-20.

GORDON, Jill. John Stuart Mill and the "Marketplace of Ideas". **Social Theory and Practice**, Tallahassee, v. 23, n. 2, p. 235-249, summer 1997.

GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância:** liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Coimbra: Almedina, 2005.

GUISÁN, Esperanza. El Utilitarismo. *In:* CAMPS, Victoria (ed.). **Historia de la ética:** 2. La ética moderna. Barcelona: Editorial Crítica, 2006. p. 457-499.

_____. **Una ética de libertad y solidaridad:** John Stuart Mill. Rubí, Barcelona: Anthropos, 2008. (Problemas: la complejidad negada, 35).

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade, volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Biblioteca Tempo Universitário, 102).

HAM, Christopher; HILL, Michael. **O processo de elaboração de políticas no estado capitalista moderno.** Trad. Renato Amorim e Renato Dagnino. [Campinas]: [s.n.], [1993].

HANSSON, Sven Ove. Mill's Circle(s) of Liberty. **Social Theory and Practice**, Tallahassee, v. 41, n. 4, Special Issue: Preference, Choice, and (Libertarian) Paternalism, p. 734-749, Oct. 2015.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. *In*: SOUSA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HERZEN, Alexandr Ivánovich. **Pasado y pensamientos**. Trad. Olga Novikova y José Carlos Lechado. Tecnos: Madrid, 1994. (Colección Clásicos del Pensamiento).

HIMMELFARB, Gertrude. Liberty: "One Very Simple Principle"? **The American Scholar**, Washington, D.C., v. 62, n. 4, p. 531-550, autumn 1993.

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. Trad. Jaime Larry Benchimol. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

HYLTON, Keith N. Implications of Mill's Theory of Liberty for the Regulation of Hate Speech and Hate Crimes. **The University of Chicago Law School Roundtable**, Chicago, v. 3, n. 1, Jan. 1996.

INGBER, Stanley. The marketplace of ideas: a legitimizing myth. **Duke Law Journal**, Durham, v. 33, n. 1, p. 1-91, Feb. 1984.

JACOBSON, Daniel. Mill on Liberty, Speech, and the Free Society. **Philosophy & Public Affairs**, New Jersey, v. 29, n. 3, p. 276-309, Summer 2000.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

KATZ, Elihu. Os meios de comunicação. *In*: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (orgs.). **Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 325-334.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993. (Ensino Superior).

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino superior).

KREIDER, S. Evan. Mill on Happiness. **Philosophical Papers**, London, v. 39, n. 1, p. 53-68, Mar. 2010.

LESSA, Antônio Carlos. **História das relações internacionais: a Pax Britannica e o mundo do século XIX**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

LIND, Michael. Was John Locke Really a Liberal? **The National Interest**, Washington, D.C., Apr. 23, 2016. Disponível em: <https://nationalinterest.org/feature/was-john-locke-really-liberal-15900>. Acesso em: 12 jan. 2020.

LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul**. Trad. Patrícia de Queiróz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LYONS, David. Liberty and Harm to Others. *In*: DWORKIN, Gerald (ed.). **Mill's On Liberty: critical essays**. Lanham/Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 1997. (Critical essays on the classics). p. 115-136.

MARCUSE, Herbert. Tolerância repressiva. *In*: CAPALDI, Nicholas (ed.). **Da liberdade de expressão: uma antologia de Stuart Mill a Marcuse**. Trad. Gastão Jacinto Gomes. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974. p. 77-101.

MARRAMAIO, Giacomo. **O político e as transformações: crítica do capitalismo e ideologias da crise entre os anos vinte e trinta**. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**, vol. 1. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

MCCLOSKEY, H. J. Limits to freedom of expression. **Journal of Value Inquiry**, Dordrecht, v. 16, issue 1, p. 47-58, Mar. 1982.

_____. Mill's liberalism. **Philosophical Quarterly**, St Andrews, n. 13, v. 51, p. 143-156, Apr. 1963.

MILL, John Stuart. **A liberdade; Utilitarismo**. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Clássicos).

_____. **Autobiografia**. Trad. Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2006.

_____. **The Collected Works of John Stuart Mill, vol. III: The Principles of Political Economy with Some of Their Applications to Social Philosophy, books III-V and appendices**. Editor: John M. Robson. Toronto: University of Toronto Press / London: Routledge and Kegan Paul, 1965.

_____. **The Collected Works of John Stuart Mill, vol. XV: The Later Letters of John Stuart Mill 1849-1873, part II**. Editor: Francis E. Mineka and Dwight N. Lindley. Toronto: University of Toronto Press / London: Routledge and Kegan Paul, 1972.

_____. **The Collected Works of John Stuart Mill, vol. XXV: Newspaper Writings December 1847-July 1873, part IV**. Editor: Ann P. Robson and John M. Robson. Toronto: University of Toronto Press / London: Routledge and Kegan Paul, 1986.

_____. **Three essays on religion**. Edited by Louis J. Matz. Ontario: Broadview editions, 2009.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Trad. Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. (Série Pensamento Moderno).

MULNIX, M. J. Harm, Rights, and Liberty: Towards a Non-Normative Reading of Mill's Liberty Principle. **Journal of Moral Philosophy**, London, v. 6, issue 2, p. 196-217, Jan. 2009.

NOVELLI, Ana Lucia. O Projeto Folha e a negação do quarto poder. *In*: MOTTA, Luiz Gonzaga (Org.). **Imprensa e poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. (Coleção Comunicação). p. 181-197.

NYS, Thomas. The Tacit Concept of Competence in J. S. Mill's *On Liberty*. **South African Journal of Philosophy**, East London, v. 25, n. 4, p. 305-328, 2006.

O'DONNELL, Guillermo. Anotações para uma Teoria do Estado (I). **Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 3, p. 71-93, nov./jan. 1981.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). **Tratado de direito constitucional**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54-107.

O'ROURKE, Kevin C. **John Stuart Mill and freedom of expression: the genesis of a theory**. London/New York: Routledge, 2001. (Routledge Studies in Social and Political Thought).

PACKE, Michael St. John. **The Life of John Stuart Mill**. New York: The Macmillan Company, 1954.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REES, J. C. A Re-Reading of Mill on Liberty. **Political Studies**, London, v. 8, issue 2, p. 113-129, June 1960.

REGONINI Gloria. Estado do Bem-estar. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**, vol. I. Trad. Carmem C. Varriale et. al. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 416-419.

RILEY, Jonathan. J. S. Mill's Doctrine of Freedom of Expression. **Utilitas**, Cambridge, v. 17, issue 2, p. 147-179, July 2005.

_____. **Mill on liberty**. London; New York: Routledge, 1998. (Routledge Philosophy Guide-Books).

_____. Racism, blasphemy, and free speech. *In*: TEN, C. L. (ed.). **Mill's On Liberty: a critical guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. (Cambridge Critical Guides). p. 62-82.

ROSEN, Frederick. J.S. Mill on Socrates, Pericles and the Fragility of Truth. **The Journal of Legal History**, London, v. 25, n. 2, p. 181-194, Aug. 2004.

SÁ, Alexandre Franco de. John Stuart Mill, A “tirania da maioria” e o seu futuro. *In*: CAMPO-NEZ, Carlos; PEIXINHO, Ana Teresa. (coord). **Reflexões sobre a liberdade: 150 anos da obra de John Stuart Mill**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p. 57-67.

SAMPAIO, José Adércio; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SAUNDERS, Ben. Reformulating Mill's Harm Principle. **Mind: a quarterly review of psychology and philosophy**, Oxford, v. 125, issue 500, p. 1005-1032, Oct. 2016.

SCHAPIRO, J. Salwyn. John Stuart Mill, Pioneer of Democratic Liberalism in England. **Journal of the History of Ideas**, Philadelphia, v. 4, n. 2, p. 127-160, Apr. 1943.

SCHAUER, Frederick. Social Epistemology, Holocaust Denial, and the Post-Millian Calculus. *In*: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (ed.). **The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses**. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 129-143.

SERAFIM, Milena Pavan; DIAS, Rafael de Brito. Análise de política: uma revisão da literatura. **Cadernos Gestão Social**, Salvador, v. 3, n. 1, p. 121-134, jan./jun. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMÕES, Mauro Cardoso. **A filosofia moral de John Stuart Mill**: utilitarismo e liberalismo. São Paulo: Ideias & Letras, 2016a. (Série Pensamento Dinâmico).

_____. J. S. Mill: Utilitarismo e justiça. **Astrolabio**: revista internacional de filosofia, Barcelona, n. 18, p. 10-19, 2016c.

_____. **John Stuart Mill**. Rockville, MD: GlobalSouth Press, 2016b.

_____. **John Stuart Mill & a liberdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. (Passo-a-passo; 84).

_____. **Liberdade e paternalismo segundo John Stuart Mill**: uma análise das teses de *On Liberty*. 2007. 161 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007.

SKORUPSKI, John. **John Stuart Mill**. London; New York: Routledge, 2010. (The Arguments of the Philosophers).

SOUSA, Rodrigo Ribeiro de. **John Locke e a liberdade republicana**. 2017. 358 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SUMNER, L. W. Should Hate Speech Be Free Speech? John Stuart Mill and the Limits of Tolerance. *In*: COHEN-ALMAGOR, Raphael. (ed.). **Liberal democracy and the limits of tolerance**: essays in honor and memory of Yitzhak Rabin. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000. p. 133-150.

SÜSSEKIND, Arnaldo (et al). **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. Atualizado por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2002.

SWAN, Kyle. When Experiments in Living Go Awry. **Studies in the History of Ethics**, p. 1-33, Dec. 2007. Disponível em: <https://www.historyofethics.org/122007/SwanExperimentsInLiving.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

TEN, C. L. Mill's On Liberty: Introduction. In: TEN, C. L. (ed.). **Mill's On Liberty: a critical guide**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. (Cambridge Critical Guides). p. 1-21.

_____. Mill and Liberty. **Journal of the History of Ideas**, Philadelphia, v. 30, n. 1, p. 47-68, Jan./Mar. 1969.

TOURAINÉ, Alain. **O que é democracia?** 2. ed. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

TURNER, Piers Norris. "Harm" and Mill's Harm Principle. **Ethics: an international journal of social, political, and legal philosophy**, Chicago, v. 124, n. 2, p. 299-326, Jan. 2014.

URBINATI, Nadia. **Mill on democracy: from the Athenian polis to representative government**. Chicago/London: The University of Chicago Press, 2002.

VÁRNAGY, Tomás. O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo. In: BORON, Atilio A. (org.). **Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx**. Buenos Aires: CLACSO; San Pablo: USP, 2006. p. 45-79.

WOLFF, Robert Paul. **A miséria do liberalismo**. Trad. Fátima Murad. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

WOLLHEIM, Richard. John Stuart Mill and the limits of state action. **Social Research**, Baltimore, v. 40, n. 1, p. 1-30, spring 1973.

ZANONE, Valerio. Tolerância. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política I**. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 1245-1247.