

JOHN STUART MILL: QUAL O LIMITE DA LIBERDADE?

Maria Clara Gregório Rodrigues Guedes de Oliveira¹
Fillipe Azevedo Rodrigues²

RESUMO: O presente trabalho visa a entender a liberdade e seus limites à luz das ideias de John Stuart Mill, utilizando de base seu livro “Sobre a Liberdade”. Conceitos como o princípio do dano, assim como os da liberdade de pensamento, expressão e associação são examinados e relacionados. Através de um estudo comparativo com normas penais e constitucionais, é procurado observar a influência de Mill na legislação brasileira, relacionando-a com temas desde crimes contra a honra até a problemática das drogas e da prostituição, por exemplo. Além de analisar os prejuízos que o paternalismo penal pode trazer para a sociedade e para o indivíduo.

Palavras-chaves: Liberdade. Limite. Direito Penal.

JOHN STUART MILL: WHAT IS LIMIT OF LIBERTY?

ABSTRACT: The present work aims to understand freedom and its limits in light of the ideas of John Stuart Mill, based on his book “On Liberty”. Concepts like the principle of harm, just as those of freedom of thought, expression, and association are examined and related. Through a comparative study with criminal and constitutional norms, it is sought to observe Mill's influence in Brazilian law, relating it to themes ranging from crimes against honor to the problem of drugs and prostitution, for example. In addition to analyzing the damage that criminal paternalism can bring to society and to individual.

Keywords: Liberty. Limits. Tort law.

1 INTRODUÇÃO

A atual pesquisa procura abordar o conceito de liberdade do ponto de vista de John Stuart Mill, buscando relacionar a obra do autor utilitarista com questões do Direito Penal contemporâneo, por meio de uma análise jusfilosófica.

O trabalho busca, em primeiro lugar, entender como foi a vida de John Stuart Mill e quais foram as influências na sua formação intelectual. O meio onde desenvolveu seus pensamentos, quais foram suas obras publicadas e o impacto de suas ideias no mundo também foram abordados.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Potiguar, Aluna-Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais. E-mail: mariaclara-gregorio@hotmail.com.

² Professor, Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Portugal, e Doutorando em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: fillipe.rodrigues@unp.br.

Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.8, n.1, 2017. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema blind review, recebido em 15 de janeiro, 2018; Aprovado em 08 de maio, 2018.

Após esse primeiro momento, o estudo vai se voltar para o livro “Sobre a Liberdade”, onde são tratadas as três liberdades estudadas por Mill, que seriam a liberdade de consciência, de expressão e de associação, buscando mostrar a influência dessas liberdades à luz do Direito Penal e da Constituição Federal, além de relacioná-las com a literatura e casos concretos.

Depois de fragmentar os ramos da liberdade, será desenvolvida uma reflexão do princípio limitador das liberdades. O princípio do dano, desenvolvido por Mill, é assimilado e relacionado posteriormente a uma análise contratualista e, em seguida, é denunciado o demasiado paternalismo estatal. Com isso, o trabalho procura demonstrar a influência do princípio do dano no Código Penal, abordando, como exemplo, o suicídio, a prostituição e as drogas.

Por fim, o debate sobre o Estado ultrapassar o limite utilitarista da liberdade, o que leva à reflexão dos prejuízos desse descompasso na individualidade e no desenvolvimento social, com ênfase para à relativização do princípio jurídico-penal da *ultima ratio*.

2 AS LIBERDADES E A COMPREENSÃO ATUAL

John Stuart Mill nasceu na Inglaterra no início do século XIX, em um momento de ascensão do movimento operário quando o país se encontrava altamente industrializado. Ele se tornou um dos filósofos mais influentes do século XIX e seus escritos são reeditados e estudados até hoje devido a suas ideias originais e nítidas, as quais, mesmo se tratando de um assunto abstrato, voltam-se para uma utilidade prática.

Em suas obras, ele trata de assuntos tais como a (HEYDT, 2014, p. 191) “lógica, epistemologia, economia, filosofia social, ética, metafísica, religião e questões de importância pública para a época”. O referido autor escreveu diversas obras, dentre elas, “Os Pensadores” (1843), os “Princípios de Economia Política” (1859), “Sobre a Liberdade” (1861) – objeto de análise do presente trabalho – “O Utilitarismo” (1869) e a “Subjeção das Mulheres” (1869).

John Stuart Mill, em seu livro “Sobre a Liberdade”, tratou de conceitos como a “liberdade” e o “princípio do dano”, dentre outros, e, embora exista um capítulo específico para esse assunto no trabalho em questão, faz-se necessário para a introdução uma explanação do que seria o princípio do dano.

Coloca-se o “dano” a terceiros como o único limitador da liberdade. Dessa maneira, no que concerne apenas ao próprio indivíduo, cada ser é dotado de total autodeterminação.

Mill em sua enfática defesa pela liberdade a dissecou em três ramos, quais sejam: a liberdade de pensamento, a liberdade de expressão e a liberdade de associação. Todas interligadas, mas, sobretudo, as duas primeiras apontadas, as quais, segundo o autor, são inseparáveis (MILL, 2016).

A liberdade de consciência é como a nascente de água que abastece o rio, em outras palavras, é a fonte das ideias, um espaço totalmente individual, onde cada um exerce sua originalidade e faz seu juízo de valor. É provavelmente, a mais difícil de se imaginar corrompida e, Mill (2016, p. 26) a descreve como “liberdade de pensamento e sentimento, a liberdade absoluta de opinião e sentimento sobre todos os assuntos, práticos ou reflexivos, científicos, morais ou tecnológicos”.

Sobre o assunto, é notável que o autor se posicione contra a ditadura da maioria, isto é, sobre a oposição do Governo contra o indivíduo, pois o poder público se vale da força e das leis abusivas para domar a liberdade. Porém, também é necessário salientar sua oposição contra qualquer tipo de maioria que leve uma minoria a silenciar-se. Em outras palavras, costumes, crenças, opiniões e atitudes que são aceitas pela maior parte da sociedade como a forma ideal de se viver (MILL, 2016).

Há muitas formas perceptíveis de restrição da liberdade de consciência. Pode-se ver um exemplo clássico na distopia “1984”, a partir da qual George Orwell retrata um regime totalitário que tem tamanho controle sobre a população a ponto de domar a consciência do cidadão. O autor introduz conceitos como o “duplipensar” e a “novilíngua”.

A “novilíngua” seria um idioma fictício criado para reduzir a quantidade de palavras, medida aplicada com a intenção de cercear o pensamento, e mitigar a reflexão e o senso crítico (ORWELL, 1949, p. 48). Em um diálogo no livro mencionado, é explicado o objetivo do instrumento de controle vernacular: “cada ano, menos palavras e a gama da consciência sempre um pouco menor”. Somado a isso, no decorrer da obra, Orwell desenvolve um exemplo prático da novilíngua: “como será possível dizer ‘liberdade é escravidão’ se for abolido o conceito de liberdade?” (ORWELL, 1949, p. 49).

A “novilíngua” é um conceito que anda de mãos dadas com o “duplipensar”, outra ideia do autor sobre “a capacidade de guardar simultaneamente na cabeça duas crenças contraditórias, e aceitá-las ambas” (ORWELL, 1949, p. 196). O maior exemplo no livro é o lema do governo distópico: “guerra é paz, liberdade é escravidão, ignorância é força” (ORWELL, 1949, p. 15).

Tal restrição da liberdade de pensamento dialoga com a insanidade. A história prova que os regimes totalitários, assim como outras formas de governo e crenças, levam ao

Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.8, n.1, 2017. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema blind review, recebido em 15 de janeiro, 2018; Aprovado em 08 de maio, 2018.

fanatismo e produzem uma sociedade coletivista e com pouco senso crítico, o que se traduz na eliminação do indivíduo. Isso porque, a individualidade não pode ser exaltada, restando aos cidadãos apenas o dever da obediência.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, VI, protege a liberdade de consciência como uma garantia fundamental, juntamente com a proteção de crenças e cultos (1988): “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

A liberdade de pensamento, portanto, tem a liberdade de expressão como corolário lógico, daí então a necessidade de adentrar no tema, o qual provavelmente é um dos mais particulares e de interesse cotidiano. John Stuart Mill defende a expressão livre com total veemência e na sua mais ampla aplicação, pois, de acordo com o seu ponto de vista, o debate de ideias apenas tem a enriquecer a sociedade (MILL, 2016).

Segundo a visão do autor, nunca se pode reprimir uma opinião, tanto pelo seu viés liberalista, como pela sua veia utilitarista. Neste particular, afirma ser mais útil que haja mais pessoas bem informadas, aumentando a circulação de ideias e estimulando o desenvolvimento como um todo, mesmo que a visão propagada seja errônea, porquanto apenas com o debate o indivíduo será capaz de refletir e entender seus erros e contradições (MILL, 2016).

No decorrer do livro, o autor esclarece que existem verdades presumidas e nunca verdades absolutas. A verdade presumida é fruto da liberdade que se tem de discutir o assunto e mudar o ponto de vista quando assim entender necessário. Em seu Capítulo II, “Da Liberdade de pensamento e discursão”, Mill (2016, p. 36) sugere que:

A completa liberdade de contradizer e invalidar nossa opinião é a própria condição que nos justifica supor que ela é verdadeira para as finalidades de ação; e esses são os únicos termos em que um ser dotado de faculdades humanas pode ter alguma segurança racional de estar certo.

Seguindo esse pensamento, vê-se claramente que Mill se preocupou muito em enfatizar a não existência de uma verdade absoluta, uma vez que ninguém é infalível, de outro modo, não há ninguém passível de não cometer erro. De acordo com a sua lógica, o fato de o indivíduo “A” acreditar seriamente que a opinião do indivíduo “B” deve ser cerceada e, assim, tentar impor silêncio a esse último, enseja um prejuízo social (2016, p. 33):

Se a opinião é correta, a humanidade se vê privada da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se é errada, perde algo que quase chega a ser um grande benefício: a percepção mais clara e a impressão mais vívida da verdade, geradas por sua colisão com o erro.

A partir disso, se uma opinião for censurada, apenas quem perde é a verdade. O autor continua com sua linha argumentativa quando defende que ao “recusarem ouvidos a uma opinião por terem certeza que ela é falsa é supor que a certeza deles é igual a uma certeza absoluta”. Segundo o autor, “Todo silenciamento de um debate, é uma pretensão de infalibilidade” (MILL, 2016, p. 34). Todavia, elucida que, apesar de não haver um grau pleno de certeza em cada ser humano, isso não pode impedir a população em geral de conduzir a sua vida com base nas suas verdades presumidas.

Sendo assim, mesmo que milênios tenham se passado, quando se analisa a história, é notória a quantidade de fatos que nos olhos da população atual são totalmente impraticáveis. Por exemplo, no Estado Natural, a forma de resolução de conflitos era a vingança privada, o que demonstra que nem sequer o conceito de Estado era vivenciado. Contudo, nos regimes monárquicos, surgiu o sistema inquisitivo, por meio do qual o Estado tomou para si o direito de punir, não mais se permitindo que os particulares praticassem predominantemente tal ato.

Paulo Rangel (2015, p. 47) conceitua e discorre sobre a necessidade desse sistema assim:

O Estado-juiz concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar, comprometendo assim sua imparcialidade. Porém, à época, foi a solução encontrada para retirar das mãos do particular as funções de acusar, já que esse só o fazia quando queria, reinando assim, certa impunidade.

Atualmente, o sistema adotado é o acusatório, sendo assim, existem três personagens principais na condução de um processo para solucionar o conflito. Cada um age distintamente, no papel de julgador, de parte autora e de parte ré. Dessa maneira, é possível ter convicção de que o sistema processual muito evoluiu e amadureceu.

Entretanto, no contexto em questão, essa foi a única forma encontrada para se extinguir a autotutela. De certo modo, foi considerado um avanço civilizacional no curso de fatos históricos, haja vista a evolução para o sistema acusatório, deslocando a reconstituição ousada da “verdade” dos fatos do Estado-juiz para as partes (RANGEL, 2015).

O livro objeto central desse estudo, “Sobre a Liberdade”, influenciou as democracias ocidentais na consagração de liberdades. Um retrato disso na sociedade é a Constituição Federal de 1988, embora não seja atribuído diretamente a Mill, devido a forte influência da literatura francesa.

A presença Milliana pode ser vista claramente quando observada a Constituição Federal de 1988 no tocante à livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. O referido artigo veda o anonimato com o objetivo de preservar o princípio do dano, visto que

se alguma manifestação de pensamento causar dano a direito de terceiros, o autor deverá ser responsabilizado.

Em contraponto com o princípio da liberdade de expressão, descrito no parágrafo anterior, tem-se também o ditame constitucional que protege os direitos da personalidade: “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”. Além disso, vale lembrar que a dignidade da pessoa humana em si, que em muito se relaciona com os direitos da personalidade, é protegida no art. 1º, III, como fundamento da República Federativa do Brasil.

Por conseguinte, verificou-se que ambos os princípios constitucionais nascem da mesma fonte, porém eles têm conceitos que, quando colocados em prática, constantemente entram em conflito. Contudo, é possível perceber que o direito da personalidade traduz uma limitação da liberdade de expressão, tendo em vista que a própria Constituição Federal de 1988 prevê uma responsabilização pela ofensa a honra e a intimidade em sentido amplo: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Sobre o assunto, é importante discorrer a respeito dos crimes contra a honra tipificados no Código Penal, porquanto eles também consubstanciam limites à liberdade de expressão. A calúnia tem como bem jurídico a honra objetiva, isto é, a reputação do caluniado. A conduta reprimida, tipificada no art. 138, consiste em “imputar a um indivíduo, falsamente, fato definido como crime”.

A difamação, descrita no art. 139 do Código Penal, trata apenas da imputação de fato ofensivo (não criminoso) à reputação da vítima, imagem e o valor da pessoa, tendo o mesmo bem jurídico no horizonte da tutela estatal daquele protegido pela criminalização da calúnia. A injúria, por sua vez, já tem sua tipificação baseada na ofensa à dignidade ou decoro, inerentes à intimidade do sujeito, prevista no art. 140, e tem como bem jurídico a honra subjetiva, “sentimento que cada pessoa tem a respeito do seu decoro ou dignidade” (DELMANTO, 2016, p. 506).

A legislação penal, em paralelo aos crimes descritos acima, traz um instituto muito interessante, qual seja: a exceção da verdade. Significa uma forma de defesa, através da qual possa “o agente provar a veracidade do fato que imputou” (DELMANTO, 2016, p. 498), ou seja, o acusado pode, sem precisar mudar o que contra ele se arguiu, provar estar correto sobre suas afirmações e assim aniquilar o processo.

A exceção da verdade é, portanto, uma forma do princípio da liberdade de expressão coexistir com uma norma que é fundamentalmente fruto da proteção dos direitos da personalidade, garantindo assim que nenhum princípio fundamental seja eliminado do sistema de normas jurídicas, não obstante persistir a necessidade de um balanceamento esporádico para observar a solução apropriada para cada caso. Sobre o tema, veja como se posiciona (MARCO; MACHADO, 2015, p. 117):

São as especificidades do caso concreto que determinarão qual princípio terá uma maior dimensão de peso para a resolução daquele problema específico. Assim, a sobreposição de um princípio sobre outro na solução de um determinado conflito não anula o princípio preterido, que não perde a sua validade, pois em outra circunstância aquele que cedeu poderá agora prevalecer.

Entendida a ideia de que nenhum princípio constitucional deverá ser suprimido completamente, mas apenas equilibrado de acordo com a questão discutida, é visto que essa ponderação é feita corriqueiramente. Os conflitos entre questões de liberdade de imprensa, de humor, dos direitos da personalidade, das questões de segurança pública, entre outros, sempre ocorrerão, entretanto, no momento em que um destes causar qualquer tipo de dano, deve ser atenuado em favor de outro.

Seguindo essa linha de raciocínio, também é cabível tocar noutro aspecto interessante do livro “Sobre a Liberdade”, a não aplicação de leis draconianas para crimes de liberdade de expressão. As Leis draconianas contêm instrumentos punitivos de rigidez excessiva e são totalmente contrárias à visão de Mill, pois a liberdade a ser suprimida não configura apenas um bem individual, mas também social. Segundo o autor (MILL, 2016, p. 33), “o mal específico de silenciar a expressão de uma opinião é que assim se está roubando a humanidade inteira, tanto a geração atual quanto a posterioridade, e os que divergem da opinião, ainda mais do que os que a apoiam”.

Quando a ofensa à liberdade de expressão é reprimida com penas exorbitantes, a tendência é que os indivíduos, quando em presença dessas leis, deixem de se expressar pelo assunto que oferece causa a punição. A repressão é tamanha que, quando presenciam as consequências provenientes das duras penas, a maioria dos cidadãos acaba criando uma repulsa pelo assunto, logo então, não só a liberdade de expressão é afetada, mas também a liberdade de consciência.

Casos descritos acima podem parecer absurdos e arcaicos, porém, acontecem atualmente. As permanências de modelos de controle coletivistas, de inspiração marxista,

justificam-se na promoção ideológica da libertação das classes subalternas, contudo agem sufocando a liberdade de todos no âmbito de suas individualidades.

Quanto a isso, a entidade *Cristian Solidary Worldwide* (CSW) apresentou um relatório em setembro de 2016, *Total Denial: Violations of Freedom of Religion or Belief in North Korea*, em que divulgou várias informações sobre a Coreia do Norte, exemplo desse modelo de controle, relatando violações de direitos de liberdade de expressão, consciência, religião, mediante a prática de tortura, tratamentos desumanos, prisões arbitrárias e até mesmo execuções extrajudiciais (CSW, 2016).

Dessa forma, é atual um cerceamento considerável das liberdades nesse e em outros países. A propósito, o líder norte-coreano vê a crença religiosa como uma ameaça a seu governo e soberania, portanto quem a pratica em segredo e porventura é descoberto é levado à prisão e pode sofrer diversos tipos de penas arbitrárias como o estupro, tortura, trabalho forçado e morte (CSW, 2016).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê (1948), em seu art. 8º, que a lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias, bem como ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada. Nesse dispositivo, além de estar presente o conceito da proporcionalidade da pena, também é visto o princípio da legalidade, ambas garantias contra a aplicação de leis draconianas. Sobre o tema, Luiz Flávio Gomes (2014, p. 72) discorre que se deve “buscar o mais perfeito equilíbrio entre a intervenção penal estatal e a liberdade dos cidadãos, que somente pode ser restringida de acordo com o devido processo legal e proporcional”.

A lei penal age como um dos principais limites à liberdade. Assim, o Direito Penal torna-se conhecido por seu grau elevado de interferência na autodeterminação do ser humano, o que aduz, numa perspectiva liberal, a sua utilização como a última solução possível de um litígio. A importância da lei, nesse sentido, é trazida por Fillipe Azevedo Rodrigues (2014, p. 31), em seu livro *Análise Econômica da Expansão do Direito Penal*:

A legalidade no Direito Penal assume duas perspectivas em favor dos direitos da liberdade. A primeira consiste na exigência de lei prévia, formal, expressa e certa para se criminalizar condutas ou agravar penas que atinjam a maior liberdade dos indivíduos. A Segunda, por sua vez, torna a legalidade mitigada devido à aderência dos costumes, desde que em benefício da situação penal do agente.

Além da liberdade de pensamento e expressão, John Stuart Mill defendia uma terceira forma de liberdade, a de associação, que segundo o seu conceito seria (2016, p.26) “liberdade

de se unirem para qualquer finalidade que não envolva dano a outros, desde que as pessoas nessa união sejam maiores de idade e não tenham sido forçadas e ludibriadas”.

Toda essa preocupação de Mill pelas liberdades individuais possui uma relação direta com o cenário em que vivia: em meio ao processo de industrialização, urbanização e crescimento demográfico na Inglaterra, a maioria da população era desprovida de instrução intelectual mínima e, com pouco tempo para reflexão, uma vez que as jornadas de trabalho podiam chegar até 16h para os adultos. Logo, tinha-se o resultado, pessoas alienadas e padronizadas.

Desse contexto, surgem as críticas que, apesar do lapso temporal, continuam tendo utilidade prática nos tempos contemporâneos. O dilema entre a liberdade e a autoridade é o enredo principal do seu livro. Como foi visto, ele discorre sobre a luta pelo limite da intervenção do Estado na vida privada e da importância da individualidade para o desenvolvimento. Mill temia que as sociedades permanecessem sem ser fruto da diversidade, além de os indivíduos não se preocuparem em buscar a verdade, apenas tendo como ambição chegar ao topo.

Portanto, o problema maior residiria em a coletividade objetiva impor excessivas medidas de condutas para o indivíduo, de modo que este não consiga exprimir a sua individualidade e acabe tendo como única opção seguir a massa, em verdadeiro efeito manada. Segundo Mill, a associação é válida, contudo, apenas se deve aderi-la quem tem plena convicção dos seus ideais. Todavia, as associações em geral não devem impor suas normas de conduta a nenhum indivíduo, porquanto o pensamento divergente de um potencial membro ou mesmo a vontade de associar-se apenas será saudável em sua consciência se o fizer segundo a escolha individual.

A liberdade de associação também está prevista no art. 5º, XVII, da Constituição Federal de 1988, como garantia fundamental: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”. A questão da vedação do caráter paramilitar decorre do momento histórico em que se encontrava o Brasil quando formulado o texto constitucional. Em outras palavras, o país recém superava a ditadura militar, período no qual as liberdades cediam espaço para a expansão dos mecanismos de controle. Com isso, a Constituição Federal de 1988 além de vedar o caráter paramilitar, também garante as liberdades no rol de suas cláusulas pétreas.

Outro dispositivo pertinente, art. 5º, XX, consagra que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”. Vê-se que a Constituição Federal de 1988 está

novamente protegendo o direito de livre escolha de associação e respeitando a decisão de quem prefere se desvincular do grupo, compartilhando assim a defesa de Stuart Mill.

3 O PRINCÍPIO DO DANO E A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Como foi estudado no início da pesquisa, o princípio do dano diz que a única razão para justificar a restrição da liberdade individual é a prevenção de dano à terceiro. De outra maneira, entende-se que desejar o bem-estar de uma pessoa não é garantia suficiente para restringir sua liberdade, desde que esse indivíduo não esteja lesando a mais ninguém.

O máximo que se pode fazer é aconselhar e advertir, pois, com esse princípio, conclui-se que não se pode punir a autolesão. Sobre esse princípio, John Stuart Mill pondera o seguinte (2016, p. 35):

Este princípio é o de que o único fim pelo qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer um de seus integrantes é a autodefesa. Pois o único propósito que para o qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar danos aos outros.

Destarte, é possível afirmar ser o princípio do dano uma recusa ao paternalismo Estatal, porquanto, ao impedir um indivíduo de praticar um ato o qual só diz respeito a si, assemelha-se a tratá-lo como se criança fosse. É dizer que (ÁVILA et al., 2015, p. 335):

É indiferente ao Estado que o motociclista, por exemplo, responsabilize-se pelos riscos de pilotar sem capacete ou que os usuários de drogas aceitem a perspectiva de eventuais danos físicos, psíquicos e sociais decorrentes do uso. Tais sujeitos simplesmente não podem agir contrariamente à orientação paternal, ou sofrerão a sanção prescrita para o caso de descumprimento.

Deve-se ter cautela, pois, seguindo um critério contratualista, vê-se que originariamente os seres humanos viviam em um Estado natural de livre-arbítrio, cabendo-lhes a posição de soberanos de sua existência. Porém, esse estilo de vida tinha seu *preço*, sobretudo ao se considerar a predominância da autotutela para repelir ataques constantes de inimigos, ou seja, cada homem vivia sob sua justiça e em luta, tendo como sua principal preocupação a sobrevivência e a autoproteção.

Posto isso, a decisão contratualista consistiu em abdicar de uma pequena parcela de liberdade para permitir o convívio tranquilo e estável com a proteção do Estado, legítimo titular da violência. Contudo, como afirma Cessare Beccaria (2012, p. 14), “nenhum homem jamais abriu mão da sua liberdade em prol do bem público. Tal quimera só existe nos romances. Se fosse possível, cada indivíduo desejaria estar isento dos pactos que ligam o restante da humanidade”.

Ambos Utilitaristas, Beccaria e Mill entenderam que o Estado é necessário, porém ele não deve interferir demasiadamente nas liberdades individuais, sabendo-se não ser útil, dado que resulta na supressão da individualidade e conseqüentemente do desenvolvimento em si. Para os dois jusfilósofos, um paternalismo estatal exacerbado não foi objeto pactuado, a exemplo disso Beccaria sustenta que (2012, p. 14):

Assim, foi a necessidade que forçou o homem a abrir mão de parte da sua liberdade. É certo, então, que cada indivíduo disporia ao depósito público a mínima porção possível de sua liberdade, suficiente apenas para induzir outros a defendê-lo. O agregado dessas pequenas porções possíveis forma o direito de punir. Tudo que vai além disso é abuso, não justiça.

Discutida a origem e a legitimidade do direito de punir, é possível ver de forma mais clara que ao Estado apenas é legitimada uma mínima porção para garantir aos indivíduos uma convivência harmoniosa. Desse modo, não seria cabível ao Ente Público punir a autolesão, em razão da barreira da *ultima ratio* e, segundo o princípio do dano, o Estado não possui autoridade para tal ato desde que o indivíduo seja capaz de se autodeterminar (MILL, 2016, p. 117) afirma que:

Ninguém, seja uma pessoa só ou qualquer número de pessoas, está autorizado a dizer a outra criatura humana na maturidade que ela não deve fazer com sua vida o que ela escolher fazer para o seu próprio benefício. É ela a pessoa mais interessada em seu bem-estar.

Outra crítica referente ao paternalismo estatal é vista quando Mill explica que (2016, p. 135), “a título de prevenir a intemperança, o povo de uma colônia inglesa e de quase metade dos Estados Unidos foi proibido por lei de fazer uso de bebidas alcoólicas, exceto para fins terapêuticos”. Sobre o tema, Mill explica que tal proibição legislativa apenas influenciou no aumento do consumo de álcool, resultando em lucro para o tráfico. Conseqüentemente, o mercado consumidor não viu outra alternativa a não ser se submeter a esse sistema ilícito. Abordando o assunto, Mill explicou qual foi o real problema (2016, p. 136):

A venda de bebidas alcoólicas é uma operação comercial, e o comércio é um ato social. Mas a infração que se reclama não é a da liberdade do vendedor, e sim a do comprador e do consumidor, visto que o Estado, ao tornar deliberadamente impossível que ele obtenha a bebida, é como se proibisse de beber o vinho.

O princípio do dano influencia o ordenamento. No Código Penal, é possível observar que o suicídio não é tipificado, porém as condutas de “induzir”, “instigar” ou “auxiliar” o suicídio são tidas como crime, previsto no artigo 122. Stuart Mill (2016, p. 149) compartilha o

mesmo entendimento: “a ação de aconselhar ou incitar alguém é um ato social e, portanto, como as ações em geral que afetam terceiros, pode-se considerá-la passível de controle social”. É dizer: a manipulação do outro, tencionando o interesse próprio, é ato a ser punido.

Também é possível ver a influência do princípio do dano nos crimes que tratam da prostituição, conceituada por Delmanto (2016, p. 730) como “o comércio habitual do corpo, para a satisfação sexual de indiscriminado número de pessoas”.

Tal conduta descrita acima não é tipificada no Código Penal, considerando a lógica do princípio do dano, o profissional do sexo e seu cliente não produzem dano à sociedade. Um dos crimes tipificados no Código Penal é o de “favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual”, consistente em induzir ou atrair para a prostituição, bem como impedir ou dificultar que alguém a abandone, tendo como bem jurídico tutelado, a dignidade e a liberdade sexual (DELMANTO, 2016, p. 730).

O art. 299 do Código tipifica, outrossim, os “estabelecimentos em que ocorra a exploração sexual”, havendo ou não lucro. Cabe ressaltar que a Lei Federal n. ° 12.015 de 2009, modificou a redação do mencionado delito, cujas repercussões podem ser verificadas nas palavras de Luíza Nagib Eluf (2009):

Crime é manter pessoa em condição explorada, sacrificada, obrigada a fazer o que não quer. Explorar é colocar em situação análoga à da escravidão, impor a prática de sexo contra a vontade ou, o mínimo, induzir a isso, sob as piores condições, sem remuneração ou liberdade de escolha. A exploração forçada é exploração sexual, um delito escabroso, merecedor de punição severa, ainda mais se praticado contra criança. O resto não merece atenção do Direito Penal. A profissional do sexo, por opção própria, maior de 18 anos, deve ser deixada em paz, regulamentando-se a atividade.

Conclui-se, então, que, apesar de ser lícita a conduta do profissional do sexo e não penalizado o cliente, permanece como crime toda a exploração e gerenciamento da atividade. Esse modelo de intervenção penal pode ser considerado como reprovável a partir da obra de Mill, pois, seguindo a mesma lógica da Lei Seca, permite-se a prostituição e, ao mesmo tempo, não é regularizado um devido local para a prática do ato. Luíza Nagib Eluf (2009) sustenta que “impedir essas (es) profissionais de terem um lugar para trabalhar gera uma situação perversa e injusta, cria constrangimentos nas ruas e as (os) expõe a vários tipos de risco. Diante disso, a casa é uma solução e não um problema”.

Seguindo com o rol de crimes sexuais, o rufianismo, art. 230 do Código Penal, pode ser descrito como o crime de “tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem exerça”. Dessa forma,

o paralelo com pensamento de Mill torna-se mais controverso, ou seja, qualquer pessoa tem a livre escolha de se prostituir, contudo essa atividade não poderia ser controlada por um terceiro, nos casos em que a liberdade individual fosse cerceada.

Quanto aos arts. 231 e 231-A, que versavam sobre o tráfico internacional e interno de pessoas para fins de exploração sexual, em 2016 ocorreu uma mudança legislativa transportando as condutas criminosas para o art. 149-A do Código Penal, cujo trecho legal se insere no capítulo “dos crimes contra a liberdade individual”, o que conduz a interpretação que a criminalização atinge apenas as condutas tendentes a abolir a liberdade individual do profissional do sexo, sobretudo quando colocadas ao lado do “trabalho em condições análogas à de escravo”.

Outro tópico a merecer destaque são as drogas.

O polêmico mercado das drogas persiste desde as antigas civilizações e, por muito tempo, não houve um cuidado em regulamentá-lo ou proibi-lo. Rui Ribeiro de Campos explica que (2014, p. 7):

O consumo de drogas, hoje consideradas ilícitas, existiu desde os primórdios da História, para fins religiosos ou terapêuticos; o que é novo é a dimensão que seu comércio atingiu a partir do século XX, alcançando uma importância política e estratégica, envolvendo territórios e nações, o que fez ser objetos de diversos estudos, inclusive da geografia política.

A ilicitude de tais drogas é fundamentada na proteção do bem jurídico da saúde pública, contudo a lesão afeta apenas a quem consome, seguindo um viés liberal e adotando o princípio do dano como o limitador da liberdade, não se admite a criminalização tendo em conta que o consumo em si pode apenas ocasionar lesão para o próprio autor. E o Estado, segundo a posição Milliana, não tem legitimidade para substituir uma decisão interna com a justificativa de proteger o indivíduo de si mesmo. Nas palavras de John Stuart Mill (2016, p. 158): “uma pessoa deve ser livre para fazer o que quiser em seus próprios assuntos”.

A Lei Federal n.º 11.343, de 2006, Lei de Drogas, em seu art. 28, criminaliza o consumo de entorpecentes embora não preveja pena de prisão. Fillipe Azevedo Rodrigues (2014, p. 102) esclarece que “a conduta de mero usuário, embora não tenha sido descriminalizada, passou a corresponder a penas irrisórias, cujo efeito dissuasivo, tornou-se quase inexistente”.

Porém, é notável, novamente, o contrassenso de a legislação de drogas ter um caráter pouco repressivo para o consumo, ao passo que o Estado não dá nenhuma opção lícita de venda para os consumidores, deixando-os a mercê do tráfico de drogas. Isso traz à lembrança

de como a proibição das bebidas fermentadas, na análise de John Stuart Mill, é reprovável, porquanto a liberdade do consumidor é violentamente cerceada.

A atual política criminal de repressão já começa fracassada, contudo o Estado ainda resiste em admitir a regulamentação como solução, e, sem um controle racional, o mercado ilícito tem seus conflitos resolvidos pela violência, por vingança privada, isto é, a lei do mais forte.

Com uma análise econômica do narcotráfico e mercado, Fillipe Azevedo Rodrigues (2014, p. 102) traz alguns motivos do fracasso da atual política criminal de repressão às drogas. Ele afirma:

O combate persistente ao narcotráfico, de fato pode gerar uma redução da oferta do bem ilícito para o mercado consumidor, importando o conseqüente aumento de preço. Enquanto a demanda, representada pelos usuários, não é dissuadida na lei penal extravagante, o mercado consumidor mantém-se elevado e a escassez cada vez maior do produto o torna mais valioso.

A repressão ao tráfico acaba por subtrair do mercado os pequenos fornecedores, haja vista esses não possuírem grande potencial fazer frente à repressão estatal, o que acaba levando ao fortalecimento dos fornecedores resistentes, criminosos mais audazes, os quais passam a monopolizar o mercado. Com baixa concorrência, praticam o preço desejado e ganham robustez econômica para corromper agentes públicos e investir numa reação violenta contra as forças do Estado (RODRIGUES, 2014, p. 101-102).

Com essa análise, fica nítida a ocorrência do inverso do esperado, considerando que as políticas de repressão de drogas apenas aumentaram a violência e infringem, mais uma vez, a livre escolha do consumidor. Devido ao menor número de fornecedores, o indivíduo precisa se submeter aos elevados preços, além de necessitar lidar com a incerteza da qualidade das drogas e com o estigma carregado por consumir entorpecentes. Sobre o assunto, Rui Ribeiro de Campos (2014, p. 149) fala acertadamente que:

As políticas dominantes são imponentes e trazem efeitos mais danosos que o mal que dizem combater; e a proibição ativa dos circuitos clandestinos que reproduzem atos de violência intoleráveis. Em sociedades realmente democráticas, as pessoas devem ter direito de fazer o que quiserem com o seu corpo, desde que isso não prejudique o bem-estar de outros. O Estado não tem direito de impedir ações de indivíduos que não prejudiquem outras pessoas; consumir drogas é uma questão de liberdade individual.

Dessa forma, torna-se indispensável ressaltar a necessidade de uma política preventiva e não apenas repressiva. Além do mais, é relevante frisar a falta de tato que se tem frente ao

viés liberal da nossa legislação penal, cuja construção, muitas vezes, tem como alicerce o conservadorismo e moralismo. Devido a isso, conseqüentemente o princípio da *ultima ratio* é muitas vezes reduzido. Autores como Winfried Hassemer afirmam a ascensão de uma nova tendência progressiva na qual o Direito Penal vem sendo instituído como primeiro recurso para solução de problemas sociais (2003, p. 151).

A interferência estatal nessa proporção ultrapassa o limite do princípio do dano, ferindo as liberdades individuais a autonomia das vontades, sem contar os reflexos perniciosos da medida proibitiva conforme exposto. O paternalismo penal tem cada vez mais ultrapassado essa barreira, o que transgride as garantias do individualismo e tem como resultado uma afronta ao desenvolvimento e a dignidade da pessoa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade e seu princípio limitador foram objeto de análise neste trabalho. A liberdade é um conceito tratado há séculos pelos mais diferentes aspectos e adotado nas principais democracias. No Brasil, ela é um princípio fundamental da Constituição Federal de 1988, cuja elaboração posterior ao regime militar garantiu uma expansão de seus instrumentos de garantia.

Entretanto, ainda é relevante a ideia de que se deve sacrificar a liberdade individual em prol de um bem maior, como se a liberdade do indivíduo fosse uma forma de egoísmo. Mill aborda a liberdade individual dando-lhe o respeito merecido e mostrando sua utilidade e importância para uma sociedade desenvolvida.

Na contramão, cumpriu proceder à análise da falta de tato dos legisladores com a intervenção penal, sobretudo ao tratarem o Direito Penal como um instituto meramente punitivo sem grandes reflexos sociais, afastando-o de seus princípios fundamentais, das garantias que dele provêm e do seu viés liberal.

Cabe destacar as questões discutidas entre os princípios constitucionais e seus conflitos internos, uma vez que devem ser tratadas com o devido equilíbrio, sempre se observando a maior necessidade no caso concreto a fim de que toda supressão absoluta de princípios constitucionais enseje impactos sociais, sendo preferível a ponderação racional pela técnica de proporcionalidade da medida interventiva.

Quanto ao paternalismo estatal, foi detectada a necessidade de freios, evitando o efeito de constrição da individualidade e da liberdade de escolha dos indivíduos naquilo que é

pertencente apenas a eles próprios, compreendendo que a excessiva limitação leva a uma estagnação da sociedade e a violações de princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. (ONU). Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 26 set. 2016.

ÁVILA, G. N; MELLO, M. M. P; VIANNA, T. L. **Criminologias e Política Criminal.** Florianópolis: Conpedi, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Trad. de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, p. 14, 2012.

BRASIL. Presidência da República. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

CAMPOS, Rui Ribeiro de. **Geografia Política das Drogas Ilegais.** Leme: J. H. Minuzo, 2014.

CHRISTIAN SOLIDARITY WORDWIDE. Total Denial: Violations of Freedom of Religion or Belief in North Korea. CSW, 2016

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2016. 9. ed.

ELUF, Luiza Nagib. **Casa de Prostituição.** São Paulo: Folha de S. Paulo, edição de 01 out. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0110200909.htm>>. Acesso em: 05 out. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) E o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?.** São Paulo: Saraiva, 2014.

HASSEMER, Winfried. **Características e Crises do Moderno Direito Penal.** Trad. De Pablo Rodrigo Alflen da Silva. In: Revista de direito penal e processual penal, Vol. III, nº 18, p. 144-157.

HEYDT, Colin. John Stuart Mill (1806-1873). Trad. de Fernanda Belo Gontejo. **Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia.** v. VI, nº 18, 2014, p. 191-228.

MARCO, Crithian Magnus de; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Eficácia dos direitos Fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais.** Conpedi: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, Santa Catarina,

V. XXIV, p.315-342, jul. 2015. Semestral. Disponível em:
<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/220z0z30/47PD3PS13I10d471.pdf>>.
Acesso em: 01 set. 2016.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. 1861. Trad. por Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2016.

ORWELL, George. Trad. de Wilson Velloso. São Paulo: ed. Nacional., 1984. Disponível em: <<http://home.ufam.edu.br/edsonpenafort/GEORGE%20ORWELL%20-%201984.pdf>>.
Acesso em: 30 jun. 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.