

A inclusão de *Mein Kampf* (Minha Luta) no “*index* jurisdicional”

Lúcio DELFINO

PÓS DOUTOR (UNISINOS) E DOUTOR (PUC-SP) EM DIREITO. MEMBRO FUNDADOR DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL (ABDPRO). ADVOGADO.

Marcelo Pichioli da SILVEIRA

GRADUADO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ. PÓS-GRADUANDO EM PROCESSO CIVIL PELA UCAM. PÓS-GRADUANDO EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA UCAM.

Jhonatan de CASTRO E SILVA

GRADUADO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ. ADVOGADO.

No dia 02 de fevereiro de 2016, o juízo da 33.^a Vara Criminal do Rio de Janeiro proferiu decisão cautelar proibindo, temporariamente, a venda do livro “*Minha Luta*”, de A. Hitler (*Mein Kampf*, 1925), que recentemente ingressou em “domínio público”. O juiz acolheu o pleito do Ministério Público, baseado, em última análise, em tipo penal previsto no art. 20, *caput* e §2.º, da Lei n.º 7.716/89 (diploma que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor)¹. A decisão pode ser lida [aqui](#).

É de bom alvitre salientar que o objetivo dos autores deste texto não é o de bradar uma defesa do conteúdo da obra e/ou de qualquer “exemplo” que se queira seguir da vida de Hitler. Por honestidade intelectual (desvelamento ideológico), os autores consideram a doutrina do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*) uma excrescência megalomaniaca e pseudocientífica. Entretanto isso não impede questionamentos e análises de caráter objetivo (não solipsista) quanto à significação do referido pronunciamento judicial na ordem jurídica brasileira e, mais, à consistência epistemológica dos fundamentos apontados pelo respeitável juízo.

Este o *núcleo argumentativo* que embasa a aludida decisão: o famigerado *best seller* nazista, curiosamente escrito por Hitler durante sua confortável estada no cárcere, não pode circular em terras brasileiras porquanto seu conteúdo ideológico – darwinismo social, xenofobia, espaço vital etc. – afrontaria a “dignidade da pessoa humana” (CF, art. 1.º, III), a “prevalência dos direitos humanos” (CF, art. 4.º, II) e o “repúdio ao terrorismo e ao racismo” (CF, art. 4.º, VIII), em escala constitucional. Ao comercializar seus exemplares, configurar-se-ia, em tese, a *prática*, o *induzimento* ou a *incitação da discriminação ou do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional* (Lei n.º 7716/89, art. 20, *caput*), em escala infraconstitucional.

Ora, basta um pouco de consciência filosófica para compreender a *historicidade* ou o *valor historiográfico* a ser atribuído a *Mein Kampf*: abranger sua significação

axiológica no plano da História perfaz atitude completamente diferente do uso efetivo para o fim ilícito ou juridicamente reprovável. Com base na filosofia culturalista do saudoso prof. M. Reale e em seu “criticismo ontognoseológico”, pode-se dizer que, em íntima relação dialética com sujeito cognoscente (que exerce um papel ativo nesse processo), existem diferentes tipos de objetos cognoscíveis, quais sejam: objetos naturais (físico-químicos e psíquicos), objetos ideais, valores e objetos culturais. Originam-se da dicotomia entre *ser* (objetos naturais e ideais) e *dever ser* (valores), e do *ser enquanto deve ser* (objetos culturais).

Sem maiores aprofundamentos, quer-se dizer que *os indivíduos (sujeitos cognoscentes) podem ter diferentes aproximações valorativas sobre os objetos*, sejam eles naturais – como uma pedra (rubi ou calcário), considerada bela ou feia (valores estéticos), bem como útil ou inútil (valores econômicos) – ou mesmo culturais, como o texto hitleriano. Afinal, *de um valor não decorre sempre o mesmo e único dever ser*, pois se “a experiência axiológica obedecesse às linhas de um determinismo de valorações, a História do homem, e a História do Direito, em particular, não apresentariam tantos contrastes e contradições”²; por sua vez, o “tempo histórico é caracterizado por seu conteúdo axiológico e, mais objetivamente, por sua *significação*, ou seja, por traduzir-se em *sinais de prevalência de sentido*”³.

Hodiernamente, à obra *Mein Kampf* são atribuídas as seguintes valorações: *a) positiva*, relacionada ao seu conteúdo ideológico, e, portanto, *deve ser* divulgada ou comercializada para que haja a alteração na tábua axiológica predominante (objetivo de grupos neonazistas, por exemplo) com a realização do programa ali proposto; *b) negativa*, relacionada ao seu conteúdo ideológico, e, portanto, *não deve ser* divulgada ou comercializada por contrariar a tábua axiológica predominante, evitando-se a realização do programa ali proposto; e *c) positiva*, relacionada não ao seu conteúdo, mas ao seu impacto na História da humanidade (significado historiográfico), e, portanto, *deve ser* divulgada ou comercializada a fim de produzir e adquirir conhecimento filosófico e científico – realização de outro valor positivo – e, também, evitar a realização do programa ali proposto depois de conhecê-lo – fundada na valoração negativa sobre o conteúdo mencionada anteriormente.

A decisão do juízo da 33.^a Vara Criminal do RJ, claramente, desconsidera tal perspectiva axiológica e impõe um desfecho único a todos os jurisdicionados: todo historiador, e.g., necessariamente estaria sofrendo a imputação de causar um dano com o estudo sobre o livro: qualquer tese de doutorado envolvendo *Mein Kampf* seria necessariamente censurada, porque – na visão do juízo que prolatou a decisão – a tese giraria em torno de um objeto estático. É como se o livro valesse por ele mesmo (o objeto pelo objeto): o Judiciário, assim, teria a última palavra e a espada da racionalidade para dizer, afinal de contas, o que leitores de *Mein Kampf* extrairiam deste objeto.

Seguindo essa mesma linha argumentativa, *mutatis mutandis*, deveriam ser submetidos à censura ou abarcados pelo “*index* jurisdicional” outros textos que agridem flagrantemente a dignidade humana e outros princípios jurídicos (argumento *ad absurdo*), por exemplo: *a)* o Antigo Testamento, pois a “lei mosaica” tem disposições normativas sobre a pena de apedrejamento de “filho obstinado e rebelde”

(Deuteronômio, cap. 21, v. 18-21), de açoitamento ao que for condenado em uma ação judicial (Deuteronômio, cap. 25, v. 1-4), canibalismo entre pais e filhos no caso de desobediência a Deus (Levítico, cap. 26, v. 27-29), a justiça da escravidão (Êxodo, cap. 21, v. 1-11) etc.; *b*) a *Política*, de Aristóteles, na qual este afirma que certos indivíduos são naturalmente escravos, nascidos somente para obedecer e servirem de instrumentos no governo doméstico (economia)⁴; *c*) os textos de G. Hegel que declaram a superioridade da civilização germânica sobre as demais⁵.

Mais além, considerando que a ordem constitucional brasileira deve ser democrática (CF, art. 1.º, *caput*), o juízo deveria ter sopesado as demais variáveis axiológicas a fim de tomar a decisão mais congruente com a Constituição da República. Com base em H. Kelsen, ao considerar tão somente um ponto de vista, sem ao menos analisar os demais, a decisão adquiriu um caráter filosófico absolutista (que pressupõe a existência de valores absolutos), cuja *weltanschauung* (visão de mundo) é inerente a regimes autocráticos. Os regimes democráticos, por sua vez, estão filosoficamente calcados na concepção relativista, cujo princípio fundamental é o da *tolerância*⁶.

Deslocando do âmbito jurídico-filosófico para o jurídico-dogmático, constata-se que os “fundamentos” do *decisum* também apresentam outro problema, uma vez que o juízo invoca, basicamente: *a*) o art. 1.º, inciso III, da CF (dignidade da pessoa humana); *b*) o art. 4.º, incisos II e VIII, também da CF (objetivos republicanos de prevalência dos direitos humanos e de repúdio ao racismo e ao terrorismo); e *c*) o precedente do Supremo Tribunal Federal envolvendo o HC 82424/RS.

Veja que a decisão solenemente ignora outros dispositivos constitucionais: o art. 5.º, IX, garantia a *livre expressão da atividade intelectual, científica* e de comunicação; o art. 218 garante a *promoção* e o *incentivo a pesquisa*; o art. 220, *e.g.*, veda qualquer restrição sobre a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a *informação*. Nenhuma ponderação a respeito dessas cláusulas constitucionais foi feita. *Nada*⁷.

Além disso, o próprio Estado brasileiro se comprometeu, com a Lei n.º 10.753/03 (Lei da Política Nacional do Livro) a assegurar aos indivíduos o pleno exercício do direito subjetivo de acesso e uso do livro, a fomentar e apoiar a produção, a edição, a difusão, a distribuição e a comercialização do livro, a apoiar a livre circulação do livro no País e a propiciar aos editores e livreiros as condições necessárias ao cumprimento da referida lei (art. 1.º, incisos I, III, VIII e XI). Esta lei foi, ao menos, ventilada na decisão? Absolutamente, não.

Mais: o precedente do STF (HC 82424/RS) invocado oferece, de fato, respaldo jurisprudencial ao caso *sub judice*? Há que se fazer a distinção (*distinguishing*) da *ratio decidendi*: salvo engano, no caso tratado no mencionado *habeas corpus* o paciente havia sido penalmente responsabilizado pelo tipo do art. 20, *caput* e §3.º, da Lei n.º 7.716 porque editava e publicava frequente e sistematicamente livros de conteúdo antissemita, o que configuraria o dolo ou a vontade consciente dirigida ao fim de praticar, instigar ou incitar práticas discriminatórias. Bem diferente é a publicação de uma única obra cuja relevância historiográfica é ímpar, porquanto é uma espécie de “manifesto” do *Führer* da ideologia nazista. *A conduta, neste contexto, é atípica por absoluta ausência de dolo*. Inclusive, sem a incidência das normas jurídico-penais, a competência deveria ser

deslocada para o juízo cível, porque envolve, segundo consta na própria decisão, “interesses difusos”. É bem verdade que a medida cautelar aqui aplicada é prevista pelo art. 20, §3º, da Lei 7.716/1989. Entretanto, ousamos asseverar que *não há crime*. Se não há crime, a natureza jurídica da medida – eminentemente processual penal – acaba ganhando contornos ontológicos idênticos ao de uma tutela coletiva ou difusa... O meio cautelar processual penal é, na verdade, travestido de uma questão puramente civil: o fim atingido é completamente estanque ao limite da competência destinada ao juízo criminal.

O historiador e biógrafo I. Kershaw salienta a importância do livro, que “trazia, por mais confusa que fosse a narrativa, uma declaração intransigente de seus princípios políticos, sua ‘visão de mundo’, o sentido de sua ‘missão’, sua ‘visão’ da sociedade e seus objetivos de longo prazo. Não menos importante, estabelecia a base do mito do Führer, pois Hitler se retratava com qualificações incomparáveis para conduzir a Alemanha de sua miséria de então para a grandeza”⁸. *Mein Kampf* é uma valiosa fonte de pesquisa sobre o domínio ou autoridade de tipo “carismático” de Max Weber – tal qual ocorre com “*Os Sertões*” de Euclides da Cunha e sua genial descrição de Antônio Conselheiro e da Guerra de Canudos.

Kershaw ainda diz: “*Mein Kampf* é o elemento fundamental para compreender o pensamento de Hitler em meados da década de 1920”⁹. Quão infelizes são os professores de Historiografia: podem ser penalmente responsabilizados por lecionarem sobre o nazismo e ousarem a recomendar a leitura da referida obra de Hitler...

No plano da efetividade, *a decisão judicial padecerá da fraqueza inerente a todas as normas proibitivas desarrazoadas ou irracionais*: no máximo, ela mesma incentivará os indivíduos que desconhecem o livro a procurá-lo e conhecê-lo; no mínimo, será mera *flatus vocis*, uma vez que, mesmo sem “incentivar”, as pessoas que desejarem ler a obra poderão encontrá-la fácil e livremente na *web*.

Não obstante tudo o que a doutrina vem construindo hodiernamente (por todos, lembremos da *Crítica Hermenêutica do Direito* de Lenio Streck), é triste constatar que, no plano pragmático, ganha ares de verdade a teoria kelseniana sobre a criação e aplicação de normas jurídicas (*teoria dinâmica* ou *nomodinâmica*): ao fim e ao cabo, o Direito transpõe como técnica social que se manifesta em uma ordem normativa da conduta humana, ou em um sistema de normas que regula o comportamento humano de uma forma *sui generis*, qual seja, pela organização e monopólio da força pela sociedade, ordem esta que é criada e aplicada *por atos de vontade humana*¹⁰. A “interpretação” realizada pelos órgãos aplicadores do Direito não é mero fruto da cognição e intersubjetividade, mas, desgraçadamente, da *volição*; um *ato de poder*¹¹, em suma.¹²

Infelizmente, percebe-se que as decisões judiciais – mas não somente estas, como também outros pronunciamentos estatais – valem exacerbadamente mais pelo poder que a impõe (órgão ou agente competente) do que pela racionalidade – *i.e.* a congruência com as demais normas da ordem jurídica – de seus fundamentos. O *neoconstitucionalismo*, a *hermenêutica pós-positivista* ou, em termos jocosos, este *constitucionalismo dos Ursinhos Carinhosos*, com seus belos e poéticos termos, tais como “Constituição do por vir”, “constitucionalismo fraternal” ou “da verdade”,

“Constituição como valor em si” etc., serve como fachada para o exercício cruento da autoridade calcada no subjetivismo.

No fim, e voltemos a Kelsen, vem a calhar a seguinte reflexão: “[atrás do Direito positivo] não há a verdade absoluta da metafísica e nem a justiça absoluta do direito natural. Quem levantar o véu e não fechar os olhos, encontrar-se-á frente a frente com a cabeça do poder, com a Górgona”¹³. Por parte dos juristas, restam-lhes a crítica filosófica e jurídico-científica, bem como a realização de uma “engenharia jurídica” de controle das decisões estatais.

Fonte: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-05/proibir-livro-adolf-hitler-ignora-dispositivos-constitucionais>

¹ A decisão equivocadamente sustenta que a tutela jurisdicional cautelar deveria ser concedida para evitar “a prática de crime definido no art. 20, §3º, inciso I, da Lei nº 7.716/89 (sic)”. Todavia a referida norma prevê a tutela cautelar de “recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo” para evitar a continuidade do crime previsto no *caput* e §2.º do art. 20.

² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 550.

³ REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. 2. ed. rev. Campinas: Bookseller, 2000, p. 247, grifos no original.

⁴ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tulens. São Paulo: Martin Claret, 2006.

⁵ HEGEL, Georg. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997; REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2005, v. 5.

⁶ “[...] é a exigência de compreender com benevolência a visão religiosa ou política de outros, mesmo que não a compartilhem, e, exatamente porque não a compartilhamos, não impedir sua manifestação pacífica. Obviamente, de uma visão de mundo relativista não resultou o direito à tolerância absoluta, somente à tolerância no âmbito de um ordenamento jurídico positivo, que garanta a paz entre os submetidos a essa justiça, proibindo-lhes qualquer uso da violência, porém não lhes restringindo a manifestação pacífica de opiniões” (KELSEN, Hans. *O que é a Justiça?* In: _____. **O que é Justiça?** 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 24).

⁷ Há contradição nos termos no pronunciamento. Em um primeiro momento, o juízo assevera: “Diante do conflito existente entre os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, especificamente, a defesa da pessoa humana, evidenciado está que qualquer manifestação de pensamento apto a ensejar o fomento a qualquer forma de discriminação à pessoa humana, contraria os mais basilares valores humanos e jurídicos tutelados pela República Federativa do Brasil”. Posteriormente, diz: “[...] não há que se falar em conflito de direitos fundamentais, ou seja, o direito à informação sem o crivo da censura versus a dignidade da pessoa humana”. Afinal, há ou não há conflito principiológico?

⁸ KERSHAW, Ian. *Hitler*. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 181.

⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁰ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University, 1945.

¹¹ KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Tradução de Max Knight. Berkeley: University of California, 1967; KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*. London; New York, 1950; PASSOS, J. J. Calmon de. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo*: reflexões de um juris que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2013.

¹² Lenio Streck, desde sempre, critica o problema da interpretação do direito tal qual descrito por Kelsen no capítulo oitavo da sua “Teoria Pura do Direito”. Essa seria a “maldição kelseniana”, que deu impulso a um voluntarismo judicial sem precedentes – afinal, para Kelsen, a interpretação feita pelos juízes é

meramente um *ato de vontade*. Conferir: STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 5^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹³ EBENSTEIN, William. *La Teoría Pura del Derecho*. Tradução de J. Malagón e A. Pereña. [S. l.]: Fondo de Cultura Economica, 1947, p. 131, tradução nossa.