

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

WESLEY MARCOS DE OLIVEIRA SANTOS

**LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E LITERATURA NAZISTA:
UM EXAME SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO JUDICIAL
REFERENTE À AUTOBIOGRAFIA DE ADOLF HITLER**

Florianópolis

2017

WESLEY MARCOS DE OLIVEIRA SANTOS

**LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E LITERATURA NAZISTA:
UM EXAME SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO JUDICIAL
REFERENTE À AUTOBIOGRAFIA DE ADOLF HITLER**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor João dos Passos Martins Neto.

Florianópolis

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "Liberdade de informação e Literatura nazista: um exame sobre a constitucionalidade da proibição judicial referente à autobiografia de Adolf Hitler", elaborado pelo(a) acadêmico Wesley Marcos de Oliveira Santos, defendido em 05/07/2017 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota DEZ (10), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 05 de julho de 2017



João dos Passos Martins Neto
Professor Orientador



Cláudio Ladeira de Oliveira
Membro de Banca



Bianca Bez Goulart
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Wesley Marcos de Oliveira Santos

RG: 6.079.858

CPF: 093.328.589-26

Matrícula: 12203445

Título do TCC: "Liberdade de informação e Literatura nazista: um exame sobre a constitucionalidade da proibição judicial referente à autobiografia de Adolf Hitler"

Orientador(a): João dos Passos Martins Neto

Eu, Wesley Marcos de Oliveira Santos, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 05 de julho de 2017.

Wesley Marcos de Oliveira Santos

“Those who do not know history are doomed to repeat it”

Edmund Burke

“If there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought — not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate”

Washington Oliver Wendell Holmes Jr.

AGRADECIMENTOS

Em verdade, a gratidão é a mais profunda convicção do ser de que a vida vale a pena ser vivida. Sentir-se grato, portanto, é estar certo de que tudo o que foi vivido, até o dia que se chama hoje, de fato, valeu a pena.

Daí porque, ao Eterno, pelo Verbo que se fez carne, serei eternamente grato por resgatar o sentido de que o Teatro da Existência consiste num constante e eterno caminho de volta para Casa; e de que, na vida – e para além dela – de nada valerá, se esta não for arraigada em graça, fé, esperança e amor.

À Daniela, por seu amor, graça e compaixão extraordinários e pelo exemplo de lutar mesmo em meio aos ventos contrários; dedico meu eterno amor e gratidão;

Ao Péris, pelo amor, pela companhia, pela música, pelo verde, branco e grená, e pelo aprendizado segundo o qual o melhor da vida se chama ‘hoje’;

Ao Vinícius, por fazer entender que os laços de sangue são ínfimos quando a irmandade é construída, em verdade, por vínculos do espírito e do companheirismo;

À Áurea, pelo exemplo de fé, convicção e de dedicação ao próximo que levarei por toda a minha existência;

Ao Oto, Daniel e Maria Thereza, que tão cedo partiram deste século para deixar, no âmago de quem fica, o solitário suspiro de saudade;

À Suellen, pelo carinho e cumplicidade, e por fazer entender que a vida só é viva quando devidamente compartilhada;

Ao Benívio, pela dedicação às almas aflitas e por mostrar que a Cruz sempre será o único caminho;

Aos músicos, em especial ao Q7, pelas madrugadas à fora e pelos quilômetros percorridos na missão única de proclamar: *all we need is love!*;

À Adnez que, por sua disposição e sabedoria, mesmo de terras londrinas, pôde contribuir com algumas das traduções contidas no presente trabalho;

Ao Prof. Me. Mazinho, a quem, desde os tempos de ensino médio, credito o meu apreço pela literatura e pela gramática da língua portuguesa. Agradeço, ainda, pela análise e correção ortográfica desta monografia;

Ao Yuri de Seixas Kuzniecowa, cujo exemplo de humanidade, empreendedorismo e paixão pela vida, gentilmente, constrange-me a ser um humano melhor, desde os idos de 1999;

Ao Dr. Raphael Isaac Braga Bussolo e ao Dr. Victor Henrique Rorato, por inúmeros debates e questionamentos a respeito da presente temática, impulsionando o aperfeiçoamento e a abordagem crítica dos argumentos despendidos nesta monografia;

Aos mestres, do ensino fundamental ao ensino superior, por mostrar que a iluminação do intelecto é o legítimo caminho para a emancipação do indivíduo e, por conseguinte, de toda a sociedade;

Aos amigos e colegas de Universidade Federal de Santa Catarina, os quais, desde setembro de 2012, compartilharam momentos e experiências que serão lembrados pelos anos vindouros por todos nós;

Aos colegas de Ministério Público do Estado de Santa Catarina, em especial ao Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoncini e a sua equipe, bem como à Dr.^a Juliana Padrão Serra de Araújo e à respectiva equipe, por mostrarem as virtudes do belo ofício de promover a justiça;

Aos colegas de Advocacia, em especial ao Dr. Paulo Fretta Moreira, ao Dr. Luciano Chede e à respectiva equipe do Fretta Moreira & Chede Advogados, por dividir experiências e momentos ímpares de trabalho e de realizações, que apontam para a indispensabilidade do advogado à administração da justiça;

À banca avaliadora do presente trabalho, através da Dr.^a Bianca Bez Goulart e do Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira, os quais, de maneira muito gentil, aceitaram debater e avaliar a temática aqui proposta;

Ao Professor Doutor João dos Passos Martins Neto, que, por sua notória dedicação ao estudo da liberdade de expressão, incutiu inquietação e questionamentos tão profundos que deram ensejo à feitura da presente monografia.

RESUMO

OLIVEIRA SANTOS, Wesley Marcos de. **Liberdade de informação e literatura nazista: um exame sobre a constitucionalidade da proibição judicial referente à autobiografia de Adolf Hitler**. 2017. 131 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2017.

A presente monografia possui por objeto o estudo da relação havida entre a liberdade de informação, como corolário da livre expressão, e a vedação de distribuição e publicação da obra denominada “Minha Luta” (*Mein Kampf*), escrita por Adolf Hitler. Para tal desiderato, partindo-se da análise do enquadramento histórico-social do surgimento, consolidação e derrocada do nazismo, abordaram-se os aspectos autobiográficos da vida de Hitler estampada em sua obra, bem como o tratamento conferido à liberdade de expressão em tempos do Terceiro *Reich*. Em um segundo momento, em perspectiva crítica, realizou-se análise da constitucionalidade da decisão judicial exarada pela 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, que proibiu a circulação e publicação da obra aludida, perscrutando seus fundamentos e os precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal no que toca ao conflito entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, bem como o fenômeno do *hate speech*. Por fim, em último ponto, cuidou-se de tratar os fundamentos da liberdade de expressão, seus aspectos históricos e jus-filosóficos e sua importância para a delimitação do lícito e do ilícito no que tange à liberdade de manifestar ideias e de tomar informação a respeito do mundo dos fatos, invocando-se, inclusive, entendimento jurisprudencial e doutrinário alienígena. Concluindo-se que a censura, via de regra, caminha na contramão da democracia, uma vez que a prevalência que deve ser conferida à liberdade de expressão aponta para a construção de uma sociedade democrática, livre e plural; ao passo que, *a contrario sensu*, os efeitos advindos da censura estatal diminuem o grau de liberdade de informação e/ou de manifestar ideias, falhando, assim, dentre outros, no objetivo de que erros históricos – a incluir o nazismo - jamais venham a se repetir em gerações futuras.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Censura. Nazismo. Lei 7.716/89. Constitucionalidade. Discurso de ódio.

ABSTRACT

OLIVEIRA SANTOS, Wesley Marcos de. **Liberdade de informação e literatura nazista: um exame sobre a constitucionalidade da proibição judicial referente à autobiografia de Adolf Hitler**. 2017. 131 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2017.

The purpose of this study is to examine the relationship between freedom of information, as a corollary of freedom of expression, and the prohibition to distribute and publish “My Struggle” (*Mein Kampf*), an autobiographical book by the Nazi Party leader Adolf Hitler. Through an analysis of the historical-social framework of Nazism emergence, consolidation and overthrow in Germany, this paper initially looks at the autobiographical aspects of Hitler’s life, as it is depicted in his book, and the treatment given to freedom of expression during the Third Reich. A critical analysis is subsequently conducted on the constitutional dimension of a judicial decision issued by the 33rd Criminal Court of the District of Rio de Janeiro prohibiting the circulation and publication of the aforementioned book. The paper examines the foundations upon which such decision has been drawn and refer to some legal precedents within the Brazilian Superior Courts dealing with the conflict between freedom of expression and human dignity, as well as the phenomenon of hate speech. Furthermore, this study explores the foundations of freedom of expression, its historical and jus-philosophical aspects, and analyse its significance in determining the limitations between a lawful and an unlawful act with respect to having the right to impart ideas and seek information on facts about the world, taking into consideration, in addition, some alien case laws and doctrines. While censorship as a rule goes against democracy, seeing that freedom of expression must prevail for the construction of a democratic, free and plural society, the conclusion is that, *a contrario sensu*, the effects of government censorship reduces the level of freedom to receive and/or impart information and ideas and, as a result, it fails in its purpose to prevent historical mistakes, including Nazism, from ever be repeated in future generations.

Key words: Free speech. Censorship. Nazi Party. Law n. 7.716/89. Unconstitutionality. Hate speech.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. ADOLF HITLER, <i>MEIN KAMPF</i> E NAZISMO: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO EM TEMPOS DE TERCEIRO REICH	16
2.1 Adolf Hitler segundo <i>Mein Kampf</i>	16
2.2 Nazismo alemão: a noite mais sombria do século XX	21
2.3 A liberdade de expressão na Alemanha nazi: o primeiro golpe à democracia alemã a partir do Decreto do incêndio do <i>Reichstag</i>	28
2.4 <i>Bücherverbrennung</i> : a queima de obras literárias promovida pelo regime nazista em 10 de maio de 1933	31
3. DA DECISÃO JUDICIAL QUE PROIBIU A CIRCULAÇÃO, VENDA E DISTRIBUIÇÃO DOS EXEMPLARES DE <i>MEIN KAMPF</i> E SUAS RAZÕES DE PROIBIÇÃO.....	34
3.1 Queda em domínio público e a divulgação de <i>Mein Kampf</i> por editoras no Brasil e no mundo	34
3.2 Da decisão judicial que proibiu a veiculação de <i>Mein Kampf</i> no Rio de Janeiro.....	37
3.3 Das razões de proibição: combate aos escritos de ódio.....	44
3.3.1 Dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos e repúdio ao racismo.....	45
3.3.2 Do tratamento conferido ao <i>hate speech</i> no ordenamento jurídico brasileiro e das razões de proibição ao ‘Minha Luta’	54
4. RAZÕES DE CIRCULAÇÃO DE <i>MEIN KAMPF</i> À LUZ DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE ACESSO À INFORMAÇÃO.....	60
4.1 Da liberdade em sentido amplo à liberdade de expressão e informação	61
4.1.1 Liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro	66
4.1.2 Direito de acesso às fontes culturais e o domínio público.....	74
4.2 Entre julgar e conhecer a história: a censura à luz do ordenamento jurídico e da jurisprudência pátria.....	81
4.3 Liberdade de expressão, <i>hate speech</i> e o <i>imminent lawless action test</i> , segundo a Suprema Corte Norte-Americana	94
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
6. REFERÊNCIAS	118
7. ANEXO – A – ÍNTEGRA DA DECISÃO LIMINAR.....	126

1. INTRODUÇÃO

Na noite de 10 de maio de 1933, em solo alemão, o partido nazista, liderado por Joseph Goebbels, tomou as ruas de Berlim, invadiu bibliotecas e livrarias, passando a queimar, em praça pública, obras e peças literárias tidas como subversivas e censuradas pelo *Führer*, com o fim de combater a influência judaica, comunista, liberal e estrangeira – episódio histórico que passou a se chamar *Bücherverbrennung* (em português: queima de livros) de 1933.

O aludido episódio relativo ao combate a obras literárias não é, todavia, um fenômeno recente ou até mesmo raro, porquanto a história da humanidade, por vezes, se confunde com a instalação de regimes políticos despóticos e totalitários que declaram guerra aos livros, dentre outras formas de acesso à informação e de liberdade de expressão.

Os relatos históricos relativos ao cerceamento de obras artístico-literárias são diversos: a) a destruição da Biblioteca de Alexandria por ordem de Amr ibn al-As, pouco depois da conquista do Egito em 642 d.C.; b) A compilação do famigerado *Index Librorum Prohibitorum*¹, o qual consistia numa lista de obras literárias proibidas pela Igreja Católica Apostólica Romana, entre 1559 a 1966, no intento eclesiástico e político de combater livros que afrontavam os dogmas daquela instituição; c) No Brasil, durante o Regime Militar, a vigência do Ato Institucional n. 5 (AI-5) possibilitou à Divisão de Censura de Diversões Públicas proibir cerca de 500 filmes, 450 peças, 200 livros e mais de 500 letras de música, por alegado “atentado à moral e aos bons costumes” e “conteúdo subversivo”.²

Donde se vê que muitas das formas Governo, ao longo da história humana, em razão dos mais diversos motivos, faziam uso da censura e das ordens de silêncio, sob os argumentos mais variados, dentre eles aqueles relativos à defesa nacional, vontade da maioria ou à manutenção do *status quo*.

Por outro lado, tem-se que o avanço da democracia, expansão do constitucionalismo e o enaltecimento dos direitos e garantias fundamentais, conferiram à liberdade de expressão e de acesso à informação alto valor e relevância no ordenamento jurídico dos estados ocidentais, ganhando, inclusive, *status* de cláusula pétrea, tal como ocorre na carta constitucional brasileira.

¹ *Index* foi promulgado pelo Papa Paulo IV em 1559 e sua versão revista foi autorizada pelo Concílio de Trento e só veio a ser abolido pela Igreja Católica em 1966 pelo Papa Paulo VI. Nessa lista estavam livros que supostamente contrariariam os dogmas da Igreja, dentre eles as de pensadores como Galileu Galilei, Nicolau Copérnico, Giordano Bruno, Nicolau Maquiavel, Erasmo de Roterdão, Baruch de Espinosa, John Locke, Berkeley, Denis Diderot, Blaise Pascal, Thomas Hobbes, René Descartes, Rousseau, Montesquieu, David Hume, Immanuel Kant, os quais pertenceram a esta lista. KUSUKAWA, Sachiko. **Galileo and Books**. 1999. Disponível em: <http://www.sites.hps.cam.ac.uk/starry/galbooks.html>. Acesso em 25/05/2017.

² D'ARAUJO, M. C. O **AI-5**. FGV. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/AI5>. Acesso em 17/04/2017.

A esse respeito, ensina Daniel Sarmiento que a Constituição de 1988 protegeu enfaticamente a liberdade de expressão e que o Judiciário possui marcante independência - que lhe faltava algumas décadas atrás - para fazer valer tal garantia contra eventuais desvios autoritários dos governantes. Outrossim, na atual ordem constitucional, a imprensa desempenha suas funções com certa margem de liberdade, exercendo o seu “legítimo papel de controle sobre os atos do Estado, e os artistas podem produzir as suas obras sem o temor das idiossincrasias dos censores de plantão”, de modo que “respira-se, enfim, um ar mais livre”.³

No entanto, é no aludido cenário que exsurtem questões mais complexas relacionadas a eventuais limitações à liberdade de expressão, em face de direitos igualmente importantes, tais como igualdade, privacidade e honra, entre outros constitucionalmente resguardados.

Quer-se dizer que circunstâncias há em que a liberdade de expressão e de acesso à informação entram em conflito com outros direitos de importante natureza, dando ensejo a profundos e profícuos debates acerca da prevalência de determinado direito fundamental no caso concreto.

No Brasil, a discussão referente ao chamado discurso de ódio veio à tona novamente com a queda em domínio público da obra “Minha Luta”, escrita por Adolf Hitler, em virtude de decisão liminar proferida pelo Poder Judiciário fluminense, que determinou a imediata proibição à edição e divulgação do livro, banindo-o em território nacional.

Tal decisão judicial trouxe à tona, uma vez mais, o sempre atual debate relativo às limitações às liberdades individuais, tendo em vista que a controvérsia a respeito de quais são os eventuais limites e de como - e em que medida - se pode intervir na liberdade de acesso à informação, continua intensa e representa um dos maiores desafios para o órgãos do Poder Judiciário e até mesmo para o Legislativo.

Por isso, com a finalidade de melhor delimitar a discussão ora travada, dividir-se-á a presente pesquisa em três capítulos.

Num primeiro momento, com a finalidade de trazer à luz conceitos com os quais se operacionalizará ao longo desta pesquisa, serão abordados aspectos históricos da ascensão e derrocada do regime nazista, bem como o tratamento conferido aos direitos e garantias individuais no seio do Terceiro *Reich* alemão e aspectos da vida pessoal, política e dos pensamentos de Adolf Hitler estampados em *Mein Kampf*.

³ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 2.

No capítulo subsequente, por sua vez, abordar-se-á a decisão judicial que, em caráter liminar, proibiu a publicação e divulgação dos exemplares *Mein Kampf*, sob o argumento de que a obra em questão se confunde com panfleto de divulgação de pensamentos de ódios e discriminatórios. Em complemento, será tratado entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio acerca da proibição do chamado *hate speech* e do conflito da liberdade de expressão com os pressupostos da dignidade da pessoa humana, analisando-se, para tal desiderato, o paradigmático caso Ellwanger, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Em arremate, no capítulo derradeiro, serão elucidadas as razões pelas quais a autobiografia de Adolf Hitler reúne condições para a livre publicação, comercialização e circulação, uma vez que, dentre outras razões, a obra é revestida de notável caráter histórico-literário, e que a Constituição Federal de 1988 veda expressamente a censura prévia. Analisam-se, por isso, os fundamentos jus-filosóficos da liberdade de expressão e de acesso à informação, bem como o direito das editoras de comercializarem obras de domínio público independentemente de autorização estatal; e, por fim, será demonstrado o atual entendimento da Suprema Corte Norte-Americana acerca dos *hard cases* envolvendo os discursos odiosos.

Sem distanciar do ponto nevrálgico à presente pesquisa, tem-se que, muito embora expressamente vedada pela Carta Magna, consoante as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, “a própria definição do que é censura para efeitos da vedação constitucional já levanta problemas que não são fáceis de equacionar”, dando ocasião a uma rica discussão acerca da extensão de direitos e garantias fundamentais, mormente no que concerne à liberdade de expressão e de acesso à informação.⁴

Quanto aos aspectos metodológicos, deve-se frisar que a presente monografia será realizada através do método indutivo, tendo em vista que “o propósito indutivo é chegar a conclusões mais amplas do que o conteúdo estabelecido pelas premissas nas quais está fundamentado”, valendo-se, para tal finalidade, de técnica de pesquisa que repousa na compilação de doutrina, normas e entendimento jurisprudencial acerca da temática ora questionada.⁵

Imperioso ressaltar que a presente monografia passa ao largo de ser qualquer defesa – velada ou expressa - ao nazismo ou a qualquer outro regime totalitário de direita ou de esquerda; antes, pelo contrário, possui o escopo de analisar a decisão judicial mencionada, bem

⁴ SARLET, Ingo, MARINONI, Luz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 499.

⁵ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa em Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 62.

como seus reflexos jurídicos e históricos mediatos e imediatos, sob o prisma da liberdade de expressão e de acesso à informação, consoante as motivações a seguir aduzidas:

a. Atualidade do Tema

Passados 70 (setenta) anos da morte de Adolf Hitler, o qual faleceu em 30 de abril de 1945, o livro “Minha Luta” caiu em domínio público em 1º de janeiro de 2016, não restando mais submetido a direitos patrimoniais exclusivos de alguma pessoa física ou jurídica determinada, de modo que, a partir da data aludida, a obra em questão poderia ser, em tese, republicada e amplamente divulgada por editoras de todo o país, independente de autorização ou censura.

Ocorre que, em 02 de fevereiro de 2016, em medida cautelar pleiteada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, autuada sob o nº 0030603-92.2016.8.19.0001, o Juiz de Direito Alberto Salomão Júnior, da 33ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, exarou decisão liminar com a finalidade de proibir a exposição, venda ou divulgação a qualquer título da obra intitulada “Minha Luta”, de Adolf Hitler, com fulcro no artigo 20, § 3º, inciso I, da Lei nº 7.716/89, conforme relato fático-processual a seguir demonstrado.

Daí decorre, portanto, a atualidade do tema em voga, vez que se faz necessário debruçar-se sobre tal proibição, analisando os fundamentos da referida decisão, bem como seu aspectos técnicos e processuais.

b. Importância do Tema

Há muito se sabe que a censura merece todo o repúdio, isso porque a restrição da liberdade de expressão e de informação é prática típica de governos despóticos e autoritários, estando, inclusive, expressamente proibida pela norma constitucional. Por conseguinte, é de se ressaltar que a liberdade de expressão é, na verdade, o direito fundamental mais elementar à constituição do princípio democrático. Desdobra-se no direito de discursar, opinar, informar-se, criticar e externar suas ideias sem qualquer receio de retaliação por parte do ente estatal ou de particulares, caracterizando-se, portanto, um direito fundamental ao pleno funcionamento de um estado democrático, advindo, daí, sua inegável importância.

c. Novidade do trabalho

Embora muito se escreva a respeito de eventuais limites à liberdade de exprimir ideias, pouco se discute acerca do conflito existente entre a divulgação de obras literárias com

elevado valor histórico-bibliográfico, mas que, ao mesmo tempo, são eivadas de ideologias tidas por nefastas e impopulares, a exemplo do nazismo.

Ademais, a abordagem ora utilizada difere substancialmente das pesquisas acadêmicas voltadas para os limites da liberdade de expressão, uma vez que esta monografia, ao se valer do teste de perigo iminente (*Imminent Lawless Action Test*), aponta para os efeitos nocivos da censura estatal nas diversas áreas de manifestação da liberdade de expressão e de informação.

d. Interesse do autor

Por óbvio, o interesse em explanar o tema baseia-se na afeição do autor pela disciplina de Direito Constitucional e Direito Penal, precipuamente no que diz respeito aos assuntos controversos relativos à liberdade de expressão e aos crimes de opinião.

Outrossim, em que pese repudiar, veementemente, os abusos e horrores perpetrados pelo estado nazista, bem assim a ideologia de massas propagada por Adolf Hitler, salvo melhor juízo, tem-se que tais fatos históricos merecem ser estudados de maneira crítica e séria o bastante, a fim de que a sociedade atual e as futuras gerações não sejam condenadas a padecer pela repetição dos mesmos erros do passado.

2. ADOLF HITLER, *MEIN KAMPF* E NAZISMO: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO EM TEMPOS DE TERCEIRO REICH

Neste capítulo, com o intuito de iniciar o presente estudo, cumpre elucidar, detidamente, aspectos históricos e fundamentais à compreensão do Nazismo como fenômeno político e histórico, bem como sua repercussão jurídica, no que tange à inobservância de direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição de Weimar, sob o enfoque da liberdade de expressão e de informação em tempos da Alemanha nazi.

2.1 Adolf Hitler segundo *Mein Kampf*

A história do nazismo (em alemão: *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*), em verdade, se confunde com a vida de Adolf Hitler, um político austríaco, que ocupou o posto de Chanceler do *Reich* alemão entre os anos de 1933 a 1945 e tido como o *Führer* da Alemanha nazi, sendo um dos personagens centrais no desencadear da Segunda Guerra Mundial.

Nascido em Braunau, Áustria, território que fazia parte do Império Austro-Húngaro, Hitler veio ao mundo no dia 20 de Abril de 1889. Era o quarto filho do casal Alois Hitler e Klara Hitler, sendo aquele funcionário público alfandegário e esta uma doméstica, prima em segundo grau de Alois.⁶

Seu pai, Alois Hitler, desde sua aposentadoria como servidor público austríaco, estimulava o jovem Hitler a seguir os mesmos passos, todavia Adolf via na arte um caminho a ser seguido. Daí porque ele claramente não era afeto à vida comum e rotineira ou ao trabalho árduo do serviço público que seu pai planejava para ele, conforme escreveu em sua autobiografia:

Tudo isso fortificava minha profunda aversão pela profissão que meu pai me havia escolhido. Essa aversão cresceu depois de passados os dias da meninice, que para mim foram cheios de pesares. Cada vez mais eu me convencia que nunca seria feliz como empregado público. Depois que, na escola profissional, meus dotes de desenhista se tornaram conhecidos, a minha resolução ainda mais se afirmou. Nem pedidos nem ameaças seriam capazes de modificar essa decisão. Eu queria ser pintor e, de modo algum, funcionário público. E, coisa singular, com o decorrer dos anos aumentava sempre o meu interesse pela arquitetura. Eu considerava isso, outrora, como um natural complemento da minha inclinação para a pintura e regozijava-me intimamente com esse desenvolvimento da minha formação artística.⁷

⁶ KERSHAW, Ian. **Hitler**. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.14.

⁷ HITLER, Adolf. **Mein Kampf (My Struggle)**. Traduzido por James Murphy. New York: General Press, 2016.

Segundo Kershaw, a vida infantil de Adolf Hitler “não forneceu um único indício do personagem que iria levar o mundo a perder a respiração; pelo contrário, parecia apontar para um futuro de insignificância e mediocridade”, sobretudo porque, desde muito novo, segundo sua autobiografia, Adolf demonstrava sentimentos de pesar por se considerar um artista frustrado.⁸

Ainda jovem, Hitler ficou órfão de pai e mãe e, aos 18 anos, passou a enfrentar severas dificuldades financeiras, razão pela qual se mudou para Viena, com a finalidade conseguir emprego e arcar com os gastos básicos à sua sobrevivência, conforme relata em sua autobiografia:

Aos treze anos perdi repentinamente meu pai. Ainda muito vigoroso, foi vítima de um ataque apoplético que, sem provocar-lhe nenhum sofrimento, encerrou a sua peregrinação na terra, mergulhando-nos na mais profunda dor. Dois anos mais tarde, o falecimento de minha mãe dava a esses belos projetos um inesperado desenlace. A sua morte se deu depois de uma longa e dolorosa enfermidade que, logo de começo, pouca esperança de cura oferecia. Não obstante isso, o golpe atingiu-me atrozmente. Eu respeitava meu pai, mas por minha mãe tinha verdadeiro amor. A pobreza e a dura realidade da vida forçaram-me a tomar uma rápida resolução. Os pequenos recursos econômicos deixados por meu pai foram quase esgotados durante a grave enfermidade de minha mãe. A pensão que me coube como órfão, não era suficiente nem para as necessidades mais imperiosas. Estava escrito que eu, de uma maneira ou de outra, deveria ganhar o pão com o meu trabalho.⁹

Segundo o historiador Richard Evans, Hitler pôs-se a perambular entre Linz, na Áustria, e a capital Viena, sendo que, a partir de 1909, passou grandes privações – incluindo fome e frio - durante alguns meses, até receber uma pequena quantia em dinheiro de presente da tia, o que o permitiu se estabelecer como pintor na capital Austríaca.

Nesse período, Adolf abandonou os estudos e passou a trabalhar como operário e pintor, pelo que tentou, por duas vezes, ingressar na Academia de Belas Artes de Viena, todavia não obteve sucesso.¹⁰

A despeito de ser cidadão austríaco, Hitler, aos 24 anos, mudou-se para Munique, Alemanha, a fim de buscar novas oportunidades profissionais, conforme escreveu Laurence Rees:

Em 1913, quando Adolf Hitler estava com 24 anos, nada em sua vida apontava para o futuro líder carismático da Alemanha. Nem sua profissão: ele ganhava a vida como pintor de retratos de turistas em Munique. Nem sua casa: ele morava num quartinho alugado do alfaiate Josef Popp, no terceiro piso de uma casa na 34 Schleissheimer Strasse, ao norte da estação central de Munique. Nem as roupas que usava: ele se vestia de modo conservador, quase desleixado, com o traje do burguês convencional da época – calça e casaco pretos. Nem sua aparência física: seus traços eram pouco atraentes, com o rosto fundo, dentes amarelados, bigode irregular e cabelos pretos sem

⁸ KERSHAW, op. cit, p. 17.

⁹ HITLER. op. cit. p. 15.

¹⁰ EVANS, Richard John. **A chegada do Terceiro Reich**. Tradução Lúcia Brito. – São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010. p. 193.

vida, caindo na testa. Nem sua vida emocional: ele achava impossível manter amizades duradouras e jamais tivera uma namorada. Sua característica mais predominante era sua capacidade de odiar. “Ele era de mal com o mundo”, escreveu August Kubizek, que o hospedara na Áustria vários anos antes. “Para qualquer lugar que ele olhasse, só via injustiça, ódio e hostilidade. Nada escapava de sua crítica, ou sequer lhe caía bem aos olhos. Asfixiado por sua lista de ódios, ele despejava a fúria em tudo, a humanidade como um todo, que não o compreendia, não o valorizava e o perseguia.”¹¹

Abandonando o sonho de se tornar artista, Hitler ingressou no exército alemão, no início da Primeira Guerra Mundial e, muito embora não tenha participado dos *fronts* de batalha, foi ferido na Batalha de Somme, na qual britânicos e franceses lutaram contra o Império Alemão.

Acerca da batalha de Somme e a ansiedade de retornar à Alemanha, Hitler escreveu:

Em fins de setembro de 1916, a minha divisão se deslocou para a batalha do Somme. Essa foi para nós a primeira das formidáveis batalhas materiais que se seguiram, e a impressão, difícil de descrever, era mais de inferno do que de guerra. Semanas a fio, sob o furacão do fogo de barragem resistia o front alemão, às vezes comprimido um pouco para trás, às vezes avançando de novo, porém nunca recuando. Em 7 de outubro de 1916 fui ferido. Consegui ser levado para a retaguarda e devia voltar para a Alemanha em um trem de ambulância. Dois anos se haviam passado sobre a última vez que eu vira a Pátria, período de tempo, quase infinito, em tais circunstâncias. Quanto mais o trem, que nos devia conduzir à Pátria, se aproximava da fronteira, tanto mais inquieto cada um se sentia intimamente. Sucediã-se as localidades pelas quais, há dois anos atrás, tínhamos passado como jovens soldados:- Bruxelas, Louvam, Liège, e finalmente acreditamos reconhecer a primeira casa alemã com a sua cumeeira alta e suas lindas janelas. A Pátria!¹²

Ocorre que, em virtude da derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial, deu-se ocasião a uma notável insatisfação social provocada pela grave crise econômica pela qual a Alemanha atravessava, sobretudo em razão do Tratado de Versalhes, um tratado de paz assinado pelas potências europeias que determinava que a Alemanha suportasse severos encargos econômicos e sanções militares, a fim de promover reparação aos danos perpetrados pela nação no desencadear da Primeira Guerra Mundial.¹³

Nesse contexto, adveio na Alemanha um sentimento de insatisfação nacional, a partir de quando, no ano de 1919, em Munique, um grupo de nacionalistas extremistas lançou as bases de um partido forte com elementos do fascismo italiano de Mussolini, o então chamado Partido Trabalhista Alemão (em alemão: *Deutsche Arbeiterpartei*).¹⁴

¹¹ REES, Laurence. **O Carisma de Adolf Hitler: O Homem que Conduziu Milhões ao Abismo**. Tradução: Alice Kelsck. Rio de Janeiro: LeYa, 2013. p. 89.

¹² HITLER. op. cit. p. 19.

¹³ RESS. op. cit. p. 103.

¹⁴ TOLAND, John, **Adolf Hitler: The Definitive Biography**. Bantam Doubleday Dell Publishing Group, 2008. p. 131.

Um ano após a formação do aludido partido, em 1920, Hitler ingressa no incipiente partido político, exercendo forte influência sobre os demais membros e destacando-se como líder e orador distinto. Um ano depois, adotou-se o nome de “Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães” (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*), popularmente conhecido por Partido Nazista, cujos principais valores diziam respeito ao discurso anticapitalista, antimarxistas e, sobretudo, antisemita, afirma Frank McDonough.¹⁵

Conforme aduzido por Hannah Arendt, sob forte apelo ao sentimento nacionalista, Hitler passou a disseminar o discurso racista da supremacia racial ariana, reduzindo seu ideal a três máximas: um povo (em alemão: *Volk*), um império (em alemão: *Reich*), e um líder (em alemão: *Führer*).¹⁶

Embora a ideologia nazista apresente determinadas peculiaridades, parte significativa dos símbolos e inspiração política advinha da admiração nazi pelo fascismo italiano de Mussolini. Acerca da nítida influência advinda do fascismo italiano, escreveu Richard Evans:

A essa altura, os nazistas também haviam começado a tomar emprestada dos fascistas italianos a saudação com o braço direito teso e estendido, com a qual cumprimentavam ritualmente seu líder em uma imitação das cerimônias da Roma imperial; o líder respondia erguendo a mão direita, com o cotovelo flexionando e a palma para cima, em um gesto de aceitação. O uso de estandartes sofisticados pelo Partido Nazista para carregar suas bandeiras também provinha da prática dos fascistas italianos.¹⁷

Antes da ascensão ao poder, ainda em novembro de 1923, Adolf Hitler e seus seguidores tentaram perpetrar um golpe de estado na noite de 8 de novembro. Os nazistas usaram um comício patriótico em uma cervejaria de Munique para lançar uma tentativa de *putsch* (golpe de estado), o qual falhou, vez que os comandantes locais se negaram conceder apoio à causa nazista.

No dia seguinte, na manhã, inspirados na Marcha Sobre Roma realizada por Benito Mussolini de 1922, os nazistas promoveram um manifesto no centro de Munique. Na mesma oportunidade, tropas do estado alemão combateram a manifestação, o que resultou com a morte de 16 nazistas e com a prisão de Adolf Hitler, condenado por traição, em março de 1924.¹⁸

Hitler, após ser preso por traição à nação decorrente da tentativa de golpe de estado, pôs-se, ainda na prisão de Lech, a escrever sua autobiografia e manifesto político denominado “Minha Luta”, obra em que desenvolveu os fundamentos do nazismo, quais sejam: a ideia da

¹⁵ MCDONOUGH, Frank, **Hitler and the Rise of the Nazi Party**. Pearson: Longman, 2003. p. 64.

¹⁶ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 306.

¹⁷ EVANS, op.cit. p. 215.

¹⁸ MCDONOUGH. op. cit. p. 157.

supremacia da raça e o antissemitismo; o nacionalismo fundamentalista; o totalitarismo; o anticomunismo e o domínio dos territórios europeus em benefício dos alemães.

Destarte, aos 36 anos, em 18 de julho de 1925, ao deixar a prisão, Adolf Hitler publicou, em dois volumes, a obra *Mein Kampf*, cujo introito consta:

No dia 1º de abril de 1924, por força de sentença do Tribunal de Munique, tinha eu entrado no presídio militar de Landsberg sobre o Lech. Assim se me oferecia, pela primeira vez, depois de anos de ininterrupto trabalho, a possibilidade de dedicar-me a uma obra, por muitos solicitada e por mim mesmo julgada conveniente ao movimento nacional socialista. Decidi-me, pois, a esclarecer, em dois volumes, a finalidade do nosso movimento e, ao mesmo tempo, esboçar um quadro do seu desenvolvimento. Nesse trabalho aprender-se-á mais do que em uma dissertação puramente doutrinária. Apresentava-se-me também a oportunidade de dar uma descrição de minha vida, no que fosse necessário à compreensão do primeiro e do segundo volumes e no que pudesse servir para destruir o retrato lendário da minha pessoa feito pela imprensa semítica.¹⁹

Nesse período, com a divulgação em tom panfletário do manifesto ideológico nazi, somado ao advento da crise de 1929, que abalou a economia mundial, milhões de desempregados alemães passaram a se identificar com a pauta política defendida pelo partido nazista, de modo que o ideário passou a se espalhar por toda as estruturas sociais da Alemanha.

Em ascensão vertiginosa, em 1933, com a indicação do então presidente Von Hindenburg, Hitler chegou ao posto de Chanceler, a partir de quando, pouco a pouco, pôs-se a revogar direitos fundamentais garantidos na Constituição de Weimar, prendendo parlamentares de esquerda, enaltecendo a causa ariana e vociferando palavras de ódio aos judeus.²⁰

Em seu primeiro discurso como chanceler alemão, Hitler sustentou:

A melhor maneira de expor estas mentiras é o sucesso. Se, durante estes cinco anos, tivéssemos agido como os cosmopolitas e democráticos cidadãos da Rússia Soviética, ou seja, como os da raça judaica, não teríamos conseguido transformar a Alemanha, que se encontrava em profundo colapso material, num país de grandeza material [...] Peço agora a Deus que, nos anos que aí vêm, abençoe o nosso trabalho, as nossas ações, a nossa providência, a nossa determinação; que o Todo-poderoso nos proteja da arrogância e da subserviência covarde; que nos ajude a encontrar o caminho certo que traçou para o povo alemão e que nos dê sempre a coragem para fazer o que está correto e não esmorecer ou fraquejar perante nenhum perigo ou poder.²¹

Após criar o chamado Terceiro Reich, Hitler acumulou para si as funções de presidente e chanceler, autodenominando-se *Führer*, passando a desrespeitar todas as vedações impostas pelo Tratado de Versalhes, culminando com a invasão da Polônia no dia 01 de setembro de 1939, a partir de quando Inglaterra e França deflagraram o que veio a se chamar de Segunda Guerra Mundial, a qual se estendeu até 1945.²²

¹⁹ HITLER, op. cit. p. 5.

²⁰ RESS, op. cit. p. 257.

²¹ MATA, Miguel; ROBALO, Manuel. **50 Grandes Discursos da História**. 1.ª ed. Lisboa: Edições Sílabo, 2010. p. 79.

²² TOLAND, op. cit. p. 399.

Com o avanço alemão sobre território norueguês, belga, dinamarquês, holandês e francês, Hitler possuía a ambição de invadir a União Soviética de Stalin, entretanto tal operação restou frustrada, uma vez que o frio e o revide das tropas aliadas anglo-americanas e soviéticas, fizeram com que as tropas nazistas viessem a recuar.

Os horrores do nazismo, todavia, só vieram a findar com a derrota da Alemanha em 30 de abril de 1945, quando Adolf Hitler matou-se com um tiro na têmpora direita, em conjunto com sua esposa Eva Braun, em Berlim, no apagar das luzes de um dos piores momentos da história da humanidade.²³

2.2 Nazismo alemão: a noite mais sombria do século XX

O Nacional-Socialismo alemão (*Nationalsozialismus*), também conhecido como Nazismo, diz respeito à ideologia política de extrema-direita relacionada ao Partido Nazista, organizado por Adolf Hitler na década de 1920, podendo ser tido como uma derivação do fascismo italiano de Mussolini com elementos de racismo científico e antissemitismo.²⁴

Além disso, Vicentino e Dorigo preconizam a esse respeito que:

O nazifascismo caracterizou-se por ser um movimento essencialmente nacionalista, antidemocrático, antioperário, antiliberal e antissocialista, que se estruturou na Europa entre o final da Primeira e o início da Segunda Guerra Mundial. Sua expansão teve como contexto a situação de crise e miséria nos países europeus, ligadas à crise de 1929 e aos efeitos da Primeira Guerra Mundial.²⁵

A doutrina nazifascista caracterizava-se, segundo Claudio Vicentino e Gianpaolo Dorigo, basicamente, pelos seguintes pontos: a) totalitarismo, em que o Partido Fascista ou Nazista confundia-se com o Estado, formando a síntese das aspirações nacionais; b) nacionalismo, propondo a subordinação do indivíduo aos interesses da nação; c) idealismo, acreditando no poder transformador das ideias e convicções; d) romantismo, que negava a razão como solucionadora dos problemas nacionais, defendendo, ao contrário, que somente a fé, o autossacrifício, o heroísmo e a força seriam capazes de superar as dificuldades; e) autoritarismo, segundo o qual a autoridade do líder – o *Führer* – era indiscutível; f) militarismo, que possibilitaria a salvação nacional por meio da luta e da guerra; g) anticomunismo; h) e, por fim, o antissemitismo, isto é, a perseguição racista implacável aos judeus, os quais eram vistos como antinacionais e sem pátria, que ameaçavam o crescimento da raça ariana.²⁶

²³ TREVOR-ROPER. op. cit. p. 275.

²⁴ VICENTINO, Cláudio. DORIGO, Gianpaolo. **História geral e do Brasil**. 2. ed. – São Paulo: Scipione, 2013.

²⁵ Ibid. op. cit. p. 84.

²⁶ Ibid. op. cit. p. 84.

Nos idos de 1918, ao findar da Primeira Guerra Mundial, a Alemanha foi derrotada, obrigando-se a firmar perante as nações inimigas o controvertido Tratado de Versalhes, o qual colocava a nação alemã sob severo julgo no que tange às restrições econômicas, territoriais e militares. Nesse contexto, percebe-se que o nazismo possui gênese no sentimento ultranacionalista germânico, ariano e antissemita, bem como na revolta dos limites impostos pelo tratado aludido.²⁷

Com a Alemanha enfrentando uma grave insatisfação com relação às restrições advindas por imposição das nações que venceram a Primeira Guerra, fundou-se o Partido do Trabalhador Alemão na Baviera, no dia 5 de janeiro de 1919, e que um ano mais tarde, já contando com a filiação do jovem Adolf Hitler, passou a se chamar Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* ou NSDAP), ou, simplesmente, *partido nazista*.²⁸

Ademais, com o intuito de propagar a imagem e a divulgação do partido recém formado, Hitler passou a desenvolver símbolos e formas que, de algum modo, pudessem marcar e causar boa impressão à tão sofrida população alemã. A esse respeito, escreveu o historiador William L. Shirer:

For the colors Hitler had of course rejected the black, red and gold of the hated Weimar Republic. He declined to adopt the old imperial flag of red, white and black, but he liked its colors not only because, he says, they form "the most brilliant harmony in existence," but because they were the colors of a Germany for which he had fought. But they had to be given a new form, and so a swastika was added. Hitler reveled in his unique creation. "A symbol it really is!" he exclaims in *Mein Kampf*. "In red we see the social idea of the movement, in white the nationalist idea, in the swastika the mission of the struggle for the victory of the Aryan man."²⁹

No tocante à carga simbólica inerente à suástica, declarou Adolf Hitler:

Era um símbolo de verdade! Por serem intérpretes da nossa veneração pelo passado, estas cores ardentemente amadas, que, outrora, alcançaram tanta glória para o povo alemão, eram, agora, ainda a melhor materialização das aspirações do movimento. Como nacionaíssocialistas, costumamos ver na nossa bandeira o nosso programa. No vermelho, vemos a ideia socialista do movimento, no branco, a ideia nacional, na cruz suástica a missão da luta pela vitória do homem ariano, simultaneamente com a vitória da nossa missão renovadora que foi e será eternamente antissemítica.³⁰

²⁷ LUKACS, John. **O Hitler da História**. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. p. 120.

²⁸ LUKACS. op. cit. p. 54.

²⁹ Tradução livre: Para as cores, Hitler, obviamente, rejeitava o preto, o vermelho e o ouro da odiada República de Weimar. Ele recusou-se a adotar a antiga bandeira imperial de vermelho, branco e preto, mas gostava de suas cores não só porque, diz ele, formam "a harmonia mais brilhante da existência", mas porque eram as cores de uma Alemanha para a qual ele tinha lutado. Mas eles tinham que receber uma nova forma, e assim uma suástica foi adicionada. Hitler revelou-se em sua criação única. "Um símbolo que realmente é!", exclama em *Mein Kampf*. "Em vermelho vemos a ideia social do movimento, em branco a ideia nacionalista, na suástica a missão da luta pela vitória do homem ariano. SHIRER, William. **The Rise and Fall of the Third Reich: A History of Nazi Germany**. New York: Simon & Schuster, 2011. p. 50.

³⁰ HITLER. op. cit. 262.

Desse modo, no verão de 1920, o jovem orador passou a estar em evidência em todo o cenário político germânico, não só por seus discursos inflamados e enaltecendo o homem ariano, mas também por sua organização e talento para a divulgação do ideário nazista numa linguagem popular e, por vezes, chula, arrebatando multidões.³¹

Dentre os pontos defendidos pelo partido nazista, deve-se destacar o compilado ideológico do programa político divulgado pelo partido, idealizado por Hitler, que o nomeou de "Programa de 25 Pontos" (em alemão: *Das 25-Punkte-Programm der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei*), divulgado em 24 de fevereiro de 1920, cujo teor, em tradução livre, é o seguinte:

1. Nós pedimos a constituição de uma Grande Alemanha, que reúna todos os alemães, baseados no direito à autodeterminação dos povos.
2. Pedimos igualdade de direitos para o Povo Alemão em relação às outras nações e a revogação do Tratado de Versalhes e do Tratado de Saint Germain.
3. Pedimos terras e colônias para nutrir o nosso povo e reabsorver a nossa população.
4. Só os cidadãos gozam de direitos cívicos. Para ser cidadão, é necessário ser de sangue alemão. A confissão religiosa pouco importa. **Nenhum judeu, porém, pode ser cidadão.**
5. Os **não cidadãos só podem viver na Alemanha como hóspede**, e terão de submeter-se à legislação sobre os estrangeiros.
6. O direito de fixar a orientação e as leis do Estado é reservado unicamente aos cidadãos. Por isso pedimos que todas as funções públicas, seja qual for a sua natureza, não possam ser exercidas senão por cidadãos. Nós combatemos a prática parlamentar, origem da corrupção, de atribuição de lugares por relações de Partido sem importar o caráter ou a capacidade.
7. Pedimos que o Estado se comprometa a proporcionar meios de vida a todos os cidadãos. **Se o país não puder alimentar toda a população, os não cidadãos devem ser expulsos do Reich.**
8. É necessário **impedir novas imigrações de não alemães**. Pedimos que todos **os não alemães estabelecidos no Reich depois de 2 de agosto de 1914, sejam imediatamente obrigados a deixar o Reich.**
9. Todos os cidadãos têm os mesmos direitos e os mesmos deveres.
10. O primeiro dever do cidadão é trabalhar, física ou intelectualmente. A atividade do indivíduo não deve prejudicar os interesses do coletivo, mas integrar-se dentro desta e para bem de todos. É por isso que pedimos.
11. A supressão do rendimento dos ociosos e dos que levam uma vida fácil, a supressão da **escravidão do juro**.
12. Considerando os enormes sacrifícios de vidas e de dinheiro que qualquer guerra exige do povo, o enriquecimento pessoal com a guerra deve ser estigmatizado como um crime contra o povo. Pedimos por isso o confisco de todos os lucros de guerra, sem exceção.
13. Pedimos a nacionalização de todas as empresas que atualmente pertencem a *trusts*.
14. Pedimos uma participação nos lucros das grandes empresas.
15. Pedimos um aumento substancial das pensões de reforma.
16. Pedimos a criação e proteção de uma classe média sã, a entrega imediata das grandes lojas à administração comunal e o seu aluguer aos pequenos comerciantes a baixo preço. Deve ser dada prioridade aos pequenos comerciantes e industriais nos fornecimentos ao Estado, aos *Länder* ou aos municípios.
17. Pedimos uma reforma agrária adaptada às nossas necessidades nacionais, a promulgação de uma lei que permite a expropriação, sem indenização, de terrenos

³¹ SALINAS, Samuel Sérgio. **Antes da Tormenta: Origens da Segunda Guerra Mundial, 1918-1939**. Campinas: Editora da Unicamp, 1996, p. 24.

para fins de utilidade pública, a supressão de impostos sobre os terrenos e a extinção da especulação fundiária.

18. Pedimos uma luta sem tréguas contra todos os que, pelas suas atividades, prejudicam o interesse nacional. Criminosos de direito comum, traficantes, agiotas, etc., devem ser punidos com a pena de morte, sem consideração de credo religioso ou raça.

19. Pedimos que o Direito romano seja substituído por um direito público alemão, pois o primeiro é servidor de uma concepção materialista do mundo.

20. A extensão da nossa infraestrutura escolar deve permitir a todos os Alemães bem dotados e trabalhadores o acesso a uma educação superior, e através dela os lugares de direção. Os programas de todos os estabelecimentos de ensino devem ser adaptados às necessidades da vida prática. O espírito nacional deve ser inculcado na escola a partir da idade da razão. Pedimos que o Estado suporte os encargos da instituição superior dos filhos excepcionalmente dotados de pais pobres, qualquer que seja a sua profissão ou classe social.

21. O Estado deve preocupar-se por melhorar a saúde pública mediante a proteção da mãe e dos filhos, a introdução de meios idôneos para desenvolver as aptidões físicas pela obrigação legal de praticar desporto e ginástica, e mediante um apoio poderoso a todas as associações que tenham por objetivo a educação física da juventude.

22. Pedimos a supressão do exército de mercenários e a criação de um exército nacional.

23. **Pedimos a luta pela lei contra a mentira política consciente e a sua propagação por meio da imprensa. Para que se torne possível a criação de uma imprensa alemã, pedimos que:**

23.1. Todos os diretores e colaboradores de jornais em língua alemã sejam cidadãos alemães.

23.2. A difusão dos jornais não alemães seja submetida a autorização expressa. Estes jornais não podem ser impressos em língua alemã.

23.3. Seja proibida por lei qualquer participação financeira ou de qualquer influência de não alemães em jornais alemães. Pedimos que qualquer infração a estas medidas seja sancionada com o encerramento das empresas de impressão culpadas, bem como pela expulsão imediata para fora do Reich aos não alemães responsáveis. Os jornais que forem contra o interesse público devem ser proibidos. Pedimos que se combata pela lei um ensino literário e artístico gerador da desagregação da nossa vida nacional; e o encerramento das organizações que contrariem as medidas anteriores.

24. Pedimos a liberdade no seio do Estado para todas as confissões religiosas, na medida em que não ponham em perigo a existência do Estado ou não ofendam o sentimento moral da raça germânica. O Partido, como tal, defende o ponto de vista de um cristianismo positivo, sem, todavia se ligar a uma confissão precisa. **Combate o espírito judaico-materialista** no interior e no exterior e está convencido de que a restauração duradoura do nosso povo não pode conseguir-se senão partindo do interior e com base no princípio: o interesse geral sobrepõe-se ao interesse particular.

25. Para levar tudo isso a bom termo, pedimos a criação de um poder central forte, a autoridade absoluta do gabinete político sobre a totalidade do *Reich* e as suas organizações, a criação de câmaras profissionais e de organismos municipais encarregados da realização dos diferentes *Länder*, de leis e bases promulgadas pelo *Reich*.

Os dirigentes do partido prometem envidar todos os seus esforços para a realização dos pontos antes enumerados, sacrificando, se for preciso, a sua própria vida.

Munique, 24 de Fevereiro de 1920. (grifou-se)³²

Dentre os pontos suscitados no programa de governo nazista, era possível depreender, mesmo muito antes da efetiva ascensão nazista ao poder, que Hitler estava disposto a restringir de maneira contundente a liberdade de imprensa e de expressão, bem como

³² Texto em alemão disponível em: **Document Archiv**. 2004. <<http://www.documentarchiv.de/wr/1920/nsdap-programm.html>>. Acesso em 15/03/2017.

combater o que chamava de *espírito judaico-materialista*, reduzindo os judeus à situação de não cidadãos.

Além do que, pouco a pouco, variados fatores contribuíram para o crescente apoio da população alemã ao partido nazista, dentre os quais se destacam: a devastação econômica e financeira que assolava a Alemanha; a ideia de que os judeus estavam a se aproveitar de toda a situação de miséria no período entre guerras; a ampla rejeição ao comunismo, que pairava sobre o leste europeu; bem como a dificuldade em que a classe burguesa e trabalhadora se encontravam.³³

O fato é que toda a nação padecia, estando todos à espera de uma figura central e quase mitológica que pudesse tirar o estado alemão da situação na qual se encontrava. Hitler julgava ser esta pessoa.

Em meio a um cenário desanimador decorrente da forte crise econômica mundial de 1929, somado à derrota alemã na Primeira Guerra Mundial, Hitler, orador artilheiro e eloquente que era, passou a atrair um grande número de seguidores desesperados por mudança. Dentre os seus seguidores estavam homens desempregados, jovens sem perspectiva de futuro, fazendeiros e pequenos burgueses que atravessavam severa recessão econômica.

Curiosamente, a nação de origem de nomes como Bach, Ludwig van Beethoven, Immanuel Kant, Friedrich Hegel e Albert Einstein, veio a abrigar uma ideologia com bases ultranacionalista e de teorias raciais, cujo resultado foi o empreendimento de perseguições e assassinatos em massa.

Em que pese os horrores incutidos na ideologia aludida, com ajuda de Joseph Goebbels, então Ministro da Propaganda, entre 1933 e 1945, o Nazismo se espalhou pela Alemanha e parte da Europa graças ao uso do controle da população por meio de propaganda e instrumentos de dominação de massas.³⁴

O grande primeiro momento para o partido nazista diz respeito à nomeação de Adolf Hitler ao posto de chanceler da Alemanha, em janeiro de 1933, com apoio do então presidente conservador Paul von Hindenburg, conforme escreve Thiago Tanji:

Mais espantoso ainda é saber que Hitler não chegou ao poder por conta de um golpe de Estado ou de uma conspiração militar: em 1932, ele recebeu mais de 13 milhões de votos durante as eleições presidenciais da Alemanha, ficando na segunda colocação da disputa, e deputados do Partido Nazista conseguiram dezenas de cadeiras no Parlamento – em 1933, com grande respaldo popular, Hitler seria nomeado chanceler

³³ EVANS, op. cit., p. 83.

³⁴ Ibid, p. 201.

alemão até tomar definitivamente o poder no ano seguinte e iniciar a perseguição a opositores políticos.³⁵

Imediatamente, o então chanceler Hitler passou a valer-se de sua oratória e carisma com o escopo de transformar, pouco a pouco, o país em uma ditadura de um único partido, fortalecendo drasticamente os aparelhos repressores do estado com a finalidade de garantir a plena aplicação das políticas nazistas.

Por tais razões, entidades de apoio passaram a se levantar em patente veneração ao partido, quais sejam: a Juventude Hitlerista (em alemão: *Hitlerjugend*), Gestapo (em alemão: *Geheime Staatspolizei*), Liga das Moças Alemãs (em alemão: *Bund Deutscher Mädel*) e a Waffen-SS (em alemão: *Schutzstaffel*).³⁶

A propaganda utilizada pelo estado nazista, contundentemente, acendeu uma forte devoção da população germânica com relação à figura de Adolf Hitler, de modo que, segundo o historiador William Shirer, a Juventude Hitlerista³⁷, no juramento de iniciação dos jovens alemães, proclamava:

In the presence of this blood banner, which represents our Fuehrer, I swear to devote all my energies and my strength to the savior of our country, Adolf Hitler. I am willing and ready to give up my life for him, so help me God.³⁸

Após a proclamação do nazismo como partido único e representante dos interesses de toda a Alemanha, Adolf Hitler retira o poder legislativo do *Reichstag* (parlamento alemão) com a finalidade de concentrar todo o poder estatal em mãos do *Führer*, proclamando, assim, a criação do chamado Terceiro *Reich*.³⁹

Daí porque, num estado de censura e de grave cerceamento de liberdade de expressão e informação, o uso do rádio e do cinema foram decisivos neste processo para que as ideias nazistas fossem propagadas conforme o interesse do estado nazi, disseminando-se flagrante ódio aos judeus, raça à qual Hitler atribuía a culpa por vários problemas que a Alemanha enfrentava à época. Tal perseguição culminou com o fatídico Holocausto⁴⁰, episódio

³⁵ TANJI, Thiago. **Por que você deveria ler o livro 'Minha Luta' de Hitler**. 2016. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/blogs/Maquina-do-Tempo/noticia/2016/07/por-que-voce-deveria-ler-minha-luta-de-hitler-que-completa-91-anos.html>>. Acesso em 23/03/2017.

³⁶ LUKACS. Op. Cit. 231.

³⁷ *Hitlerjugend*, em alemão, tornou-se uma instituição obrigatória para os jovens da Alemanha nazista, crianças e adolescentes alemães de 6 a 18 anos de ambos os sexos. Os jovens se organizavam em grupos e milícias paramilitares, sendo doutrinados entre 1922 e 1945, cujo alistamento se tornou obrigatório.

³⁸ Tradução livre: Na presença desta bandeira de sangue, que representa nosso Führer, juro que devo todas as minhas energias e minhas forças ao salvador de nosso país, Adolf Hitler. Estou disposto e pronto para dar a minha vida por ele, então me ajude Deus. SHIRER, op. cit., p. 234.

³⁹ VICENTINO. op. cit, p. 88.

⁴⁰ "Holocausto" é uma palavra de origem grega que significa "sacrifício pelo fogo". O significado moderno do Holocausto é o da perseguição e extermínio sistemático, apoiado pelo governo nazista, de cerca de seis milhões de judeus. Os nazistas, que chegaram ao poder na Alemanha em janeiro de 1933, acreditavam que os alemães eram

caracterizado pela morte de cerca de 6 milhões de pessoas em campos de concentração espalhados pela Alemanha, Noruega, Itália, Bélgica, Croácia, Lituânia, Estônia, Ucrânia, Áustria e Polônia.

Curial mencionar que havia em toda Europa do início do século XX, cerca de 9 milhões de judeus, entretanto, após a operação nazista batizada de "Solução Final", os alemães assassinaram cerca de 6 milhões de judeus, de modo que dois entre cada três judeus da Europa continental foram mortos, sob os auspícios de Adolf Hitler em campos de concentração e guetos.⁴¹

Tal ideologia racista era apregoada abertamente como valores do governo, sendo, inclusive, descritos no livro "Minha Luta", de modo que a "ideia-força que movia todos estes valores era o racismo (que considerava os arianos, em especial os alemães, como uma raça superior) e a propagação de valores antissemitas consubstanciada no mito do judeu malvado", afirma Visentini.⁴²

Ainda quanto ao judaísmo, segundo os nazistas, tal preconceito já possuía correlação com o vetusto antissemitismo alemão medieval, segundo o qual os judeus eram, por natureza, maus. Na prática, Hitler apontava que os judeus eram responsáveis pelos males que afligiam a Alemanha, a saber: o comunismo e o capitalismo financeiro.⁴³

Cumprir destacar, ainda, que outros grupos minoritários considerados "racialmente inferiores" também foram dizimados pelo governo nazista, dentre eles: os ciganos, os deficientes mentais e físicos, os eslavos, os anarquistas, os comunistas, as Testemunhas de Jeová e os homossexuais.⁴⁴

Com isso, movido por ideologia de ódio, o governo nazista ganhou adeptos, expandiu-se em solo europeu, e, ao mesmo tempo, dizimou milhões de pessoas, as quais foram mortas tão somente por sua derivação étnica e/ou religiosa ou política. Tal episódio só veio a findar com a derrota da Alemanha, na Segunda Guerra Mundial e o simultâneo suicídio de Adolf Hitler, em 30 de abril de 1945.

"racialmente superiores" e que os judeus eram "inferiores", sendo uma ameaça à auto-entitulada comunidade racial alemã. Disponível em: **United States Holocaust Memorial Museum** 2015. <https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005143>. Acesso em 15/03/2017.

⁴¹ Números apresentados em FITZGERALD, Stephanie. **Children of the Holocaust**. Mankato, Minnesota: Compass Point Books. 2011. p. 13.

⁴² VISENTINI, Paulo Fagundes. **Manual do candidato: história mundial contemporânea (1776-1991): da independência dos Estados Unidos ao colapso da União Soviética**. 3. ed. rev. atual. – Brasília : FUNAG, 2012. p. 156.

⁴³ Ibid. op. cit. 162.

⁴⁴ EVANS, op. cit., p. 29.

2.3 A liberdade de expressão na Alemanha nazi: o primeiro golpe à democracia alemã a partir do Decreto do incêndio do *Reichstag*

No dia 27 de fevereiro de 1933, o prédio do Parlamento Alemão (*Reichstag*) foi queimado por suposto atentado terrorista cometido por um jovem manifestante holandês e comunista chamado Marinus van der Lubbe. Tal atentado fez com que o partido nazi viesse a disseminar o medo com relação ao comunismo que pairava sobre a Europa, viabilizando o encerramento permanente das atividades do Parlamento.

Acerca do atentado ao Parlamento Alemão, relembra Richard Evans:

Na manhã de 27 de fevereiro, van der Lubbe gastou o dinheiro que lhe restava em fósforos e isqueiros. Depois de inspecionar o prédio para definir a melhor entrada, esperou cair a noite, a seguir obteve acesso ao prédio vazio e escuro do Reichstag por volta das nove da noite. Com os sentidos aguçados na escuridão pela longa prática graças à visão danificada, ele primeiro tentou atear fogo na mobília do restaurante; a seguir, sem obter sucesso, abriu caminho até a câmara de debates, onde as cortinas mostraram-se facilmente inflamáveis. Logo os painéis de madeira ardiam, e o fogo adquiriu força suficiente para o domo no alto da câmara atuar como uma espécie de chaminé, avivando as chamas ao criar uma corrente de ar ascendente. Enquanto isso, van der Lubbe apressava-se pelo resto do prédio tentando dar início a outros focos de fogo. Por fim foi capturado e subjugado por funcionários do Reichstag. Quando foi detido, o prédio estava em chamas, e os bombeiros, apesar de chegarem prontamente ao local, nada puderam fazer além de umedecer as ruínas da câmara principal e fazer o máximo para salvar o resto.⁴⁵

Nesse contexto, cumpre ressaltar que, em fins de fevereiro de 1933, os nazistas já haviam iniciado o plano de consolidação no poder, pois o então presidente do *Reich*, Paul von Hindenburg, havia nomeado Hitler para o cargo de chanceler em 30 de janeiro de 1933, cerca de um mês antes do atentado ao Parlamento.⁴⁶

O fato é que o partido nazista valeu-se do ataque, supostamente conduzido por um jovem holandês comunista, para ampliar e consolidar seu poder. Isso porque, no dia 28 de fevereiro de 1933, a pedido de Adolf Hitler, o então presidente Paul von Hindenburg assinou o Decreto do Presidente do Reich para a *proteção do povo e do Estado*, o qual acabava por cercear a liberdade de expressão, de opinião, de reunião, imprensa e negava vigência aos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição de Weimar⁴⁷, conforme ensina Richard Evans:

⁴⁵ EVANS, op. cit. p. 356.

⁴⁶ Ibid. op. cit. p. 357.

⁴⁷ A Constituição de Weimar, por um lado, positivava a igualdade perante a lei (art. 109), a liberdade de locomoção (art. 111), o direito das minorias lingüísticas (art. 113), a garantia da legalidade (art. 114), a inviolabilidade do domicílio (art. 115), a irretroatividade da lei penal (art. 116), a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 117) e a liberdade de expressão (art. 118). Por outro lado, a Constituição positivava também a proteção à família e à maternidade (art. 119), a liberdade de reunião (art. 123), o acesso gratuito à arte, à ciência e à educação (art. 142), a prestação de educação pública para os jovens (art. 143), a obrigatoriedade da educação básica (art. 145). BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014. p. 81.

Além disso, o esboço do decreto, recorrendo a discussões internas da legislação de emergência do início da década de 1920, suspendeu várias seções da Constituição de Weimar, em especial as que regiam a liberdade de expressão, liberdade de imprensa e liberdade de reunião e associação. Permitiu à polícia deter pessoas em custódia preventiva por tempo indefinido e sem mandado judicial, em contraste com as leis e decretos anteriores, que fixavam limites de tempo depois do qual ocorreria intervenção judicial.⁴⁸

Tratava-se, portanto, do primeiro grave golpe desferido em desfavor da democracia alemã por influência do partido nazista, sob o argumento de combate ao comunismo e às ideias divergentes ao regime.

Em inglês, o teor do decreto aludido preconizava o seguinte:

On the basis of Article 48 paragraph 2 of the Constitution of the German Reich, the following is ordered in defense against Communist state-endangering acts of violence: § 1. Articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 153 of the Constitution of the German Reich are suspended until further notice. It is therefore permissible to restrict the rights of personal freedom [habeas corpus], freedom of (opinion) expression, including the freedom of the press, the freedom to organize and assemble, the privacy of postal, telegraphic and telephonic communications. Warrants for House searches, orders for confiscations as well as restrictions on property, are also permissible beyond the legal limits otherwise prescribed [...].⁴⁹

Com efeito, os artigos da Constituição de Weimar, aos quais foram negados vigência, por força do decreto aludido, foram:

Article 114. **Liberty of the person is inviolable.** A restriction upon, or deprivation of, personal liberty, may not be imposed by public authority except by law. Persons who have been deprived of their liberty must be informed no later than the following day by what authority, and upon what grounds, the deprivation of liberty was ordered; without delay they shall have the opportunity to lodge objections against such deprivation of liberty.

Article 115 The **dwelling** of every German is his sanctuary and is inviolable. Exceptions may be imposed only by authority of law. [...]

Article 118. Every German has the right within the limits of the general laws, to **express his opinion** orally, in writing, in print, pictorially, or in any other way. No circumstance arising out of his work or employment shall hinder him in the exercise of this right, and no one shall discriminate against him if he makes use of such right. No censorship shall be established, but exceptional provisions may be made by law

⁴⁸ EVANS, op. cit., p. 359.

⁴⁹ No original: Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat Order of the Reich President for the Protection of People and State Auf Grund des Artikels 48 Abs. 2 der Reichsverfassung wird zur Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte folgendes verordnet: § 1. Die Artikel 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 der Verfassung des Deutschen Reichs werden bis auf weiteres außer Kraft gesetzt. Es sind daher Beschränkungen der persönlichen Freiheit, des Rechts der freien Meinungsäußerung, einschließlich der Pressefreiheit, des Vereins- und Versammlungsrechts, Eingriffe in das Brief-, Post-Telegraphen- und Fernsprechgeheimnis, Anordnungen von Haussuchungen und von Beschlagnahmen sowie Beschränkungen des Eigentums auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen zulässig.

Tradução livre: Com base no artigo 48, parágrafo 2, da Constituição do Reich alemão, o que segue é ordenado em defesa contra o Estado comunista que põe em perigo por atos de violência: § 1. Os artigos 114.º, 115.º, 117.º, 118.º, 123.º, 124.º e 153.º da Constituição do Reich alemão são suspensos até novo aviso. Por conseguinte, é lícito restringir os direitos de liberdade pessoal (habeas corpus), a liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, a liberdade de organização e de reunião, a privacidade das comunicações postais, telegráficas e telefônicas. Os mandados de busca de domicílios, ordens de confisco, bem como restrições de propriedade, também são permitidos além dos limites legais prescritos de outrora. Disponível em <http://www.worldfuturefund.org/Reports2013/reichfire/reichfire.html>. Acesso em 23/03/2017.

for cinematographs. Moreover, legal measures are permissible for the suppression of indecent and obscene literature, as well as for the protection of youth at public plays and exhibitions. [...]

Article 123. All Germans have the **right to assemble** peaceably and unarmed without notice or special permission. By national law notice may be required for meetings in the open air, and they may be prohibited in case of immediate danger to the public safety.

Article 124. All Germans have the **right to form societies or associations** for purposes not prohibited by the criminal code. This right may not be limited by preventive regulations. The same provision applies to religious societies and associations. Every association has the right to incorporate according to the provisions of the civil code. Such right may not be denied to an association on the ground that its purpose is political, social, or religious. [...]

Article 153. **Property shall be guaranteed** by the constitution. Its nature and limits shall be prescribed by law. Expropriation shall take place only for the general good and only on the basis of law. It shall be accompanied by payment of just compensation unless otherwise provided by national law. In case of dispute over the amount of compensation recourse to the ordinary courts shall be permitted, unless otherwise provided by national law. Expropriation by the Reich over against the states, municipalities, and associations serving the public welfare may take place only upon the payment of compensation. Property imposes obligations. Its use by its owner shall at the same time serve the public good.⁵⁰

Com a influência de Adolf Hitler e a suposta ameaça judaico-comunista que pairava sobre a Alemanha, o estado alemão, por seu então presidente, ao expedir tal decreto, acabou por declarar a instauração de um estado de exceção, mediante combate ao comunismo e às

⁵⁰ Tradução livre: Artigo 114 Os direitos do indivíduo são invioláveis. A limitação ou privação da liberdade individual só é admissível se basear em leis. As pessoas privadas de liberdade têm de ser notificadas, no dia seguinte, o mais tardar, de que autoridade e com base nas razões pelas quais foi ordenada a privação da liberdade; Imediatamente têm que ser dados a oportunidade de protestar contra sua privação da liberdade.

Artigo 115: Toda a casa de um alemão é um asilo e inviolável. As exceções só são admissíveis se baseadas em uma lei.

Artigo 117: A privacidade da correspondência, do correio, dos telégrafos e do telefone é inviolável. As exceções só são admissíveis se baseadas em uma lei do Reich.

Artigo 118: Todo alemão tem o direito, dentro dos limites estabelecidos pelo direito geral, de expressar sua opinião livremente em palavra, escrita, impressão, imagem ou de outra forma. Nenhum contrato de trabalho pode obstruí-lo no exercício deste direito; Ninguém pode colocá-lo em desvantagem se fizer uso desse direito. Não há censura; No caso do cinema, outros regulamentos podem ser estabelecidos por lei. Também para lutar contra a literatura inútil e obscena, bem como para a proteção da juventude em exposições e performances públicas, são permitidas medidas legais.

Artigo 123: Todos os alemães têm o direito de se reunir pacificamente e desarmados; Tais montagens não requerem nenhuma notificação prévia ou licença especial. Uma lei do Reich pode exigir uma notificação prévia para as assembléias que se realizem em campo aberto e pode, em caso de perigo iminente para a segurança pública, estipular que essas assembléias ao ar livre podem ser proibidas.

Artigo 124: Todos os alemães têm direito, por meios que não sejam contrários às leis penais, a constituir clubes ou sociedades. Este direito não pode ser limitado por medidas preventivas. Estes regulamentos também se aplicam às sociedades religiosas. Cada clube é livre para adquirir capacidade legal. Nenhum clube pode ser negado dele por causa dele perseguir objetivos políticos, sócio-políticos ou religiosos.

Artigo 153: A propriedade é garantida pela Constituição. As leis determinam seu conteúdo e limitação. A expropriação só pode ser decretada com base em leis válidas e para fins de bem-estar público. Deve ser executado com compensação adequada, a menos que especificado de outra forma pela lei do Reich. Quanto ao montante da compensação, o curso do direito nos tribunais gerais deve ser mantido aberto em caso de controvérsia, a menos que as leis do Reich especifiquem o contrário. As expropriações pelo Reich às custas dos estados, comunidades ou organizações de caridade só podem ser executadas se acompanhadas de compensação adequada. Propriedade obriga. Seu uso deve ser de utilidade para o bem comum. Disponível em http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php. Acesso no dia 16/03/2017.

vozes dissidentes, suprimindo a liberdade de expressão e de informação, censurando a imprensa local, autorizando o uso de força policial para impedir agrupamento e manifestos, em suspensão de direitos civis individuais, sob o argumento de que tal decreto fora expedido destinado à *proteção do Povo e do Estado*.

Com a entrada em vigor do aludido decreto, suprimiu-se as liberdades básicas do indivíduo com vistas à obtenção de segurança e garantias de um estado forte, o que fez com que o governo nazista convencesse parte significativa da população alemã, incluindo acadêmicos, juristas, sacerdotes religiosos, entre outros. Portanto, os nazistas passaram a ter à sua disposição mecanismos legalmente aceitos para combater inimigos em potencial, a começar por parlamentares comunistas, jornais de circulação local e nacional.⁵¹

Como decorrência de tais mudanças, Joseph Goebbels assumiu o Ministério da Propaganda Nazista, passando a exercer a função de propagador oficial do ideário nazi, bem como o papel de censor, controlando todos os meios de comunicação e expressão na Alemanha, dentre eles: arte, jornais, cinema, rádio, reuniões públicas e, até mesmo, obras literárias.⁵²

2.4 *Bücherverbrennung*: a queima de obras literárias promovida pelo regime nazista em 10 de maio de 1933

Um dos episódios mais marcantes do governo nazista no cerceamento das liberdades de expressão, informação e de imprensa, diz respeito à noite de 10 de maio de 1933, em que, liderados por Joseph Goebbels, os nazistas invadiram bibliotecas e livrarias e levaram às ruas os livros censurados pelo partido nazista, a fim de queimá-los em praça pública.

Milhares de alemães se ajuntaram, naquela noite, para ouvir o Ministro de Propaganda, Joseph Goebbels, discursar na Praça da Ópera, em Berlim, oportunidade em que Goebbels doutrinou acerca do perigo das obras escritas por “não-alemães”, condenando as demais obras literárias escritas por judeus, comunistas, liberais, pacifistas e demais estrangeiros não-nazistas, no intento absoluto de promover a chamada *purificação do espírito alemão*.⁵³

A esse respeito, cita-se trecho do discurso de Goebbels aos estudantes, em Berlim, na noite de 10 de maio de 1933:

The era of extreme Jewish intellectualism is now at an end. The breakthrough of the German revolution has again cleared the way on the German path. The future German man will not just be a man of books, but a man of character. It is to this end that we want to educate you. As a young person, to already have the courage to face the pitiless glare, to overcome the fear of death, and to regain respect for death - this is the task

⁵¹ REES, op. cit., p. 72.

⁵² Ibid. op. cit. p. 86.

⁵³ SHIRER, op. cit., p. 223.

of this young generation. And thus you do well in this midnight hour to commit to the flames the evil spirit of the past. This is a strong, great and symbolic deed - a deed which should document the following for the world to know - Here the intellectual foundation of the November Republic is sinking to the ground, but from this wreckage the phoenix of a new spirit will triumphantly rise.⁵⁴

Ressalta-se que, para o então Ministro de Propaganda do governo alemão, tal feito, em verdade, correspondia a um ato de bravura, na medida em que, com participação de estudantes da época, os nazistas ateavam fogo não somente em livros, mas, sobretudo, nos supostos *maus espíritos do passado*.

Numa passeata noturna e com tochas acesas, ao som de hinos e canções nazistas, os representantes do estado nazi queimaram cerca de 25.000 obras a céu aberto, deixando uma clara mensagem à Alemanha e ao mundo de que a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais de igual natureza não mais existiam em solo alemão.⁵⁵

Nas fogueiras do dia 10 de maio de 1933, foram queimados livros escritos por judeus alemães como Karl Marx, Albert Einstein e Sigmund Freud, além de livros escritos por não-judeus, tais como Ernest Hemingway, Aldous Huxley, Jack London e Fyodor Dostoyevsky, entre outros⁵⁶ que, de algum modo, divergiam do pensamento nazista e que deveriam ser imediatamente banidos.

Em consequência à tal perseguição, segundo William Shirer, a partir do decreto de cerceamento à liberdade de expressão, as artes, a literatura, a imprensa, rádio e o cinema

⁵⁴ Tradução livre: A era do intelectualismo judaico extremo está agora no fim. O avanço da revolução alemã voltou a abrir caminho. O futuro alemão não será apenas um homem de livros, mas um homem de caráter. É para esse fim que queremos educá-lo. Como jovem, já ter coragem de enfrentar o olhar impiedoso, superar o medo da morte e recuperar o respeito pela morte - esta é a tarefa desta jovem geração. E assim você faz bem nesta hora da meia-noite para confiar às chamas o espírito mau do passado. Este é um ato forte, grande e simbólico - um ato que deve documentar o seguinte para que o mundo saiba - aqui o fundamento intelectual da república de novembro está afundando-se à terra, mas destes restos a fênix de um espírito novo levantará triunfante. Disponível em <http://www.historyplace.com/worldwar2/timeline/bookburn.htm>. Acesso em 16/03/2017.

⁵⁵ EVANS, op. cit., p. 455.

⁵⁶ Entre os autores alemães proibidos estavam: Walter Benjamin, Ernst Bloch, Bertolt Brecht, Max Brod, Otto Dix, Alfred Döblin, Albert Einstein, Friedrich Engels, Lion Feuchtwanger, Marieluise Fleißer, Leonhard Frank, Sigmund Freud, Iwan Goll, George Grosz, Jaroslav Hašek, Werner Hegemann, Heinrich Heine, Ödön von Horvath, Heinrich Eduard Jacob, Franz Kafka, Georg Kaiser, Erich Kästner, Alfred Kerr, Egon Kisch, Siegfried Kracauer, Karl Kraus, Theodor Lessing, Alexander Lernet-Holenia, Karl Liebknecht, Georg Lukács, Rosa Luxemburg, Heinrich Mann, Klaus Mann, Ludwig Marcuse, , Robert Musil, Carl von Ossietzky, Erwin Piscator, Alfred Polgar, Erich Maria Remarque, Ludwig Renn, Joachim Ringelnatz, Joseph Roth, Nelly Sachs, Felix Salten, Anna Seghers, Arthur Schnitzler, Carl Sternheim, Bertha von Suttner, Ernst Toller, Kurt Tucholsky, Jakob Wassermann, Frank Wedekind, Franz Werfel, Grete Weiskopf, Arnold Zweig and Stefan Zweig. Além disso, quanto aos autores estrangeiros proibidos, tem-se: Victor Hugo, André Gide, Romain Rolland, Henri Barbusse, Upton Sinclair, Theodore Dreiser, Jack London, John Dos Passos, Helen Keller, Joseph Conrad, D.H. Lawrence, H.G. Wells, Maxim Gorki, Isaac Babel, Vladimir Lenin, Vladimir Nabokov, Leo Tolstoy, Leon Trotsky, Vladimir Mayakovsky, e Ilya Ehrenburg. Disponível em: <http://www.berlin.de/politik-verwaltung-buerger/>. Acesso em 15/03/2017.

deveriam servir tão somente aos propósitos da propagação e enaltecimento do novo regime e aos seus ideais.⁵⁷

Daí porque muitos escritores que viviam na Alemanha e eram contemporâneos ao nazismo, liderados por Thomas Mann - Prêmio Nobel de Literatura em 1929 - emigraram para outros países e passaram o resto de suas vidas em exílio na Inglaterra, Estados Unidos da América, entre outras nações.⁵⁸

Por outro lado, os poucos escritores que resolveram permanecer em território alemão passaram a silenciar-se ou, então, foram silenciados pelo regime nazi, isso porque cada manuscrito de um livro ou de uma peça deveria, necessariamente, ter aprovação do Ministério da Propaganda, sob pena de não publicação da obra.

Por fim, as consequências de tal ato, poeticamente, já haviam sido previstas na poesia de Heinrich Heine⁵⁹, poeta judeu do século XIX, cujas obras também foram proibidas em solo alemão pelo partido nazista, que preconizava que *“aqueles que queimam livros, acabam, cedo ou tarde, por queimar homens”*.⁶⁰

⁵⁷ SHIRER. op. cit. 224

⁵⁸ SHIRER, op. cit., p. 224.

⁵⁹ HEINE, Heinrich. **Tragödien: Nebst Einem Lyrischen Intermezzo**. Berlim: 1823. p. 148.

⁶⁰ No original: *dort wo man Bücher verbrennt, verbrennt man auch am Ende Menschen*. Disponível em: http://www.europeana.eu/portal/pt/record/9200143/BibliographicResource_2000069407309.html. Acesso em 12/04/2017.

3. DA DECISÃO JUDICIAL QUE PROIBIU A CIRCULAÇÃO, VENDA E DISTRIBUIÇÃO DOS EXEMPLARES DE *MEIN KAMPF* E SUAS RAZÕES DE PROIBIÇÃO

Após breve digressão histórica acerca do movimento nazista, da pessoa de Adolf Hitler e do tratamento conferido à liberdade de expressão e de informação no seio do regime nazi, cumpre, nesta altura, adentrar ao caso a ser examinado, trazendo-se à luz aspectos processuais da proibição da obra em comento em território brasileiro, bem como as razões que embasam o édito inibitório, sob o enfoque da jurisprudência e do ordenamento jurídico pátrio.

3.1 Queda em domínio público e a divulgação de *Mein Kampf* por editoras no Brasil e no mundo

Com a publicação do primeiro volume da obra “Minha Luta” em 1925, e a morte de Adolf Hitler em 1945, os direitos autorais de sua autobiografia foram transferidos para o estado alemão da Baviera. Em decorrência do fim da Segunda Guerra Mundial, o estado alemão passou a promover a erradicação da herança nazista, a fim de impedir com que iniciativas ultranacionalistas e racistas pudessem reacender em território germânico.

Destarte, segundo Thomas Weber, da Universidade de Aberdeen, por exatos 70 (setenta) anos desde a morte de Adolf Hitler, o estado alemão da Baviera não autorizou, em momento algum, a reedição e venda de *Mein Kampf*, isso porque o Ministério das Finanças do Estado da Baviera impediu a republicação da autobiografia de Hitler com a finalidade de combater os horrores perpetrados pelo regime nazista na Alemanha e em toda Europa.⁶¹

Ocorre que, a partir do dia 1º de janeiro de 2016, a autobiografia de Hitler caiu em domínio público, fato que deu ensejo à ampla permissão de que editoras do Brasil e do mundo – incluindo da Alemanha - pudessem explorar a comercialização do livro de modo lícito.

No Brasil, o fundamento legal para a passagem de obra-literária ao domínio público rege-se pelo disposto nos artigos 41 e 45 da Lei n. 9.610/98, *in verbis*:

Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:
I – as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

⁶¹ WEBER, Thomas. **A volta do nazismo? Por que livro de Hitler virou best-seller após 70 anos de proibição.** BBC. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36546949>. Acesso em 10/04/2017.

II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Da leitura dos dispositivos elencados, é possível depreender que, para a passagem da obra ao domínio público, deve-se preencher três requisitos distintos e não cumulativos, quais sejam: o decurso de 70 anos da morte do autor; o falecimento de autor sem deixar herdeiros ou ser a obra de autoria desconhecida.

Cumpra-se, portanto, que, antes do período de 70 anos a contar da morte do autor, cabe apenas a este ou aos seus respectivos sucessores o direito de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística e científica, de modo que eventual utilização da obra por terceiros requer expressa autorização prévia do autor. Após tal período, a obra passa ser de domínio público, esvaindo-se os privilégios imediatos do autor, de tal sorte que qualquer meio poderá veiculá-la e reproduzi-la.⁶²

Daí porque, uma vez esgotado o prazo de proteção, conforme determina a Lei n. 9.610/98, as obras (literária, artística ou científica) deixam de pertencer ao domínio privado de seus titulares e passam a ser de uso de todos, da sociedade em geral, ou seja, de domínio público.⁶³

No caso em apreço, tem-se que a polêmica discussão a respeito da reedição de *Mein Kampf* veio à tona em países ao redor do mundo. Na Inglaterra, a rede de notícias BBC veiculou que, apesar das polêmicas envolvendo a reedição da obra, “*many jewish groups have welcomed this particular publication, saying it is important to have access to a critical edition to help explain the Holocaust*”⁶⁴. Ainda, noticiou que, em meados de abril de 2016, a obra assumiu a liderança de vendas em livrarias da Alemanha, consoante se vê:

By mid-April, Mein Kampf had managed to move to the pole position of Germany's influential Spiegel bestseller list, where it remained for several weeks. Even now it stands in 14th place, though many bookshops do not have the book on display and others only order the book on request. The German approach may have failed but, arguably, concerns about the likely dire consequences of Hitler's book turning into a bestseller were unfounded. There are no signs that the overwhelming majority of people buying Mein Kampf are doing so for any other reason than curiosity and genuine interest.⁶⁵

⁶² LISBOA, Roberto Scenise. **Manual elementar de direito civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 175-180.

⁶³ BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro – uma obra em domínio público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 162.

⁶⁴ Tradução livre: Muitos grupos judeus saudaram esta publicação em particular, dizendo que é importante ter acesso a uma edição crítica para ajudar a explicar o Holocausto. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-europe-35209185>. Acesso em 23/03/2017.

⁶⁵ Tradução livre: Em meados de abril, Mein Kampf conseguiu passar para o primeiro lugar da influente lista de best-sellers da Spiegel na Alemanha, onde permaneceu por várias semanas. Mesmo agora está no 14º lugar, embora muitas livrarias não tenham o livro em exposição e outras apenas encomendem o livro a pedido. A abordagem alemã pode ter falhado, mas, sem dúvida, as preocupações sobre as prováveis consequências terríveis do livro de Hitler se transformar em um best-seller foram infundadas. Não há sinais de que a esmagadora maioria das pessoas

Outrossim, em território português, a rede de notícias Globo⁶⁶ informou que:

Os exemplares do livro "Minha luta" ("Mein kampf", no original alemão), que contém o ideal político de Adolf Hitler, foram esgotados na Feira do Livro de Lisboa, informa a editora local da obra, Guerra & Paz. [...] Em Portugal, a obra já vai para a segunda edição – com o texto integral e a análise de um especialista português – e avançará com uma terceira reimpressão, após se transformar em sucesso de vendas para a editora.

De igual modo, a própria mídia alemã Deutsche Welle, a despeito de todas as controvérsias históricas e locais, informou que a reedição da obra em questão alcançou altos índices de venda, dando ensejo, inclusive, à confecção de sua sexta edição, conforme se depreende:

A edição comentada de Minha luta, de Adolf Hitler, tornou-se um best-seller na Alemanha e vai ter uma sexta tiragem, afirmou nesta terça-feira (03) a editora responsável. A obra de 1.948 páginas integrou durante quase todo o ano passado a lista dos livros de não ficção mais vendidos da revista semanal Der Spiegel. O Instituto de História Contemporânea de Munique (IfZ) disse que cerca de 85 mil cópias da versão comentada do manifesto nazista foram vendidas desde o seu lançamento, em janeiro de 2016. A tiragem inicial era de 4 mil exemplares, mas a procura intensa explica porque uma sexta tiragem chegará às livrarias no final de janeiro. O instituto assinalou que, longe de promover a ideologia de extrema direita, a publicação enriqueceu um debate sobre a renovada ascensão de ideias políticas autoritárias na sociedade ocidental contemporânea. "Descobriu-se ser totalmente infundado o medo de que a publicação pudesse promover a ideologia de Hitler ou torná-la aceitável e desse aos neonazis uma nova plataforma de propaganda", disse o diretor do IfZ, Andreas Wirsching.⁶⁷

Ainda, curiosamente, até mesmo no estado de Israel, desde os idos do anos 1980, o sobrevivente do Holocausto, Dan Yaron, encarregou-se de elaborar uma versão comentada em hebraico da obra, com o fito de ser utilizada para estudo acadêmico no âmbito das universidades israelenses. Assim, Yaron lutou para que o livro, proibido até então, fosse publicado em hebraico para fins educativos, o que foi realizado pela Universidade Hebraica de Jerusalém, com o intuito de avançar na realização de pesquisas de cunho histórico-científico.⁶⁸

Por essas e outras razões a seguir delineadas, resta evidente a polêmica que circunda a reedição da autobiografia de Adolf Hitler, porquanto de um lado se tem o direito fundamental

que comprem Mein Kampf estão fazendo isso por qualquer outra razão que a curiosidade e interesse genuíno. **Copyright of Adolf Hitler's Mein Kampf expires.** 2016. BBC London. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-europe-36536317>. Acesso em 23/03/2017.

⁶⁶ 'Minha luta', de Adolf Hitler, esgota na Feira do Livro de Lisboa. 2016. G1 Globo. Disponível em: <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2016/06/minha-luta-de-adolf-hitler-esgota-na-feira-do-livro-de-lisboa.html>. Acesso em 23/03/2017.

⁶⁷ Edição comentada de "Minha luta" terá sexta tiragem. Deutsche Welle. 2016. Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/edi%C3%A7%C3%A3o-comentada-de-minha-luta-ter%C3%A1-sexta-tiragem/a-36988786>. Acesso em 23/03/2017.

⁶⁸ REISS, Carlos. **Eu Não Tenho Medo Do "Mein Kampf**. Conexão Israel. 2016. Disponível em: <http://www.conexaoisrael.org/eu-nao-tenho-medo-do-mein-kampf/2016-02-11/colaborador>. Acesso em: 25/05/2017.

de acesso à informação e liberdade de expressão; de outro, encontram-se elementos históricos que apontam para o sentimento ultranacionalista e racista estampado na obra em questão, razões pelas quais a sua reedição divide opiniões em todo o mundo.

No Brasil, as Editoras Saraiva, Geração e Centauro passaram a produzir a reedição em português da obra de Adolf Hitler, no entanto, uma decisão proferida pela 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, em caráter cautelar, proibiu a circulação, venda e distribuição de *Mein Kampf*, consoante se passa a ver.

3.2 Da decisão judicial que proibiu a veiculação de *Mein Kampf* no Rio de Janeiro

No dia 26 de janeiro de 2016, os advogados Ary Bergher, Raphael Mattos e João Bernardo Kappen, noticiaram ao Procurador Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Rio de Janeiro que editoras e livrarias brasileiras estavam a comercializar o livro “Minha Luta”, de autoria de Adolf Hitler, inclusive com vendas via *internet*.

Segundo os noticiantes, o livro escrito por Hitler é um incentivo ao extermínio de seres humanos, sobretudo das minorias – judeus, ciganos, negros e homossexuais – razão pela qual a edição e comercialização deveriam ser proibidas.⁶⁹

A fim de comprovar o alegado, os noticiantes carregaram à notícia-crime matéria jornalística redigida e divulgada pelo sítio eletrônico *globo.com*⁷⁰, dando conta que o livro já estava a ser comercializado no loja eletrônica da Editora Saraiva, bem como reeditado e distribuído pelas Editora Centauro e Geração Editorial.

Assim, os noticiantes reputaram por abjeta a pretensão auferir lucros com a comercialização da chamada “bíblia do nazismo”, o que configuraria, em tese, o delito previsto no artigo 20, §1º, da Lei n. 7.716/89.⁷¹

Ato contínuo, ao receber a notícia-crime, em 28 de janeiro de 2016, o Procurador Geral de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro, Marfan Martins Vieira, reiterou que

⁶⁹ O breve esboço processual delineado no presente capítulo decorre da leitura do inteiro teor dos autos digitais do Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus que tramita perante o Superior Tribunal de Justiça, sob o nº 77358/RJ (2016/0273678-4). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602736784&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10/04/2017.

⁷⁰ CAZES, Leonardo. **Debate sobre a publicação de ‘Minha luta’, de Adolf Hitler, chega ao Brasil**. O Globo. 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/livros/debate-sobre-publicacao-de-minha-luta-de-adolf-hitler-chega-ao-brasil-18482674>. Acesso em 24/03/2017.

⁷¹ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

a divulgação de obras literárias de conteúdo incentivador do antissemitismo deve ser enfrentada, sendo, inclusive, matéria afeta ao *parquet* fluminense.

Ademais, a Procuradoria Geral de Justiça entendeu pela ocorrência de indícios de autoria e materialidade do delito previsto no artigo 20, §1º, da Lei n. 7.716/89 e, ainda, fez menção ao precedente oriundo do Supremo Tribunal Federal que aponta para a ilegalidade da divulgação de obras de conteúdo nazista, a saber: o caso Siegfried Ellwanger⁷² (HC 82.424/RS) – o qual será melhor examinado alhures.

Daí porque o Procurador Geral de Justiça, não obstante o valor da questão tratada na denúncia, sustentou que nenhum dos dirigentes das editoras envolvidas é detentor de foro especial por prerrogativa de função, o que afasta a atribuição persecutória da Procuradoria Geral de Justiça, pelo que determinou o imediato deslocamento de atribuição à Promotoria de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos, a fim de que o promotor natural consolidasse sua *opinio delicti* acerca dos fatos contidos na notícia-crime.

Advindo os autos à 1ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos do Rio de Janeiro, em 29 de janeiro de 2016, o *parquet* aduziu que o livro em questão anuncia o racismo absoluto e o maior genocídio da história da humanidade e, por isso, sua publicação deve ser proibida.

Ao fundamentar o pleito, sustentou que o ordenamento constitucional brasileiro, em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proíbe qualquer forma de discriminação, nos termos do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição da República⁷³; além disso, fez menção à Lei n. 7.716/89, a qual criminaliza a divulgação expressa ao nazismo e aos seus símbolos, *in verbis*:

⁷² O caso Ellwanger foi julgado em 2003 pelo Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que o Tribunal Constitucional decidiu pela manutenção da condenação do editor Siegfried Ellwanger por racismo contra judeus. Em primeira instância o acusado foi absolvido, pois a juíza substituta que julgou o processo, entendeu que o acusado estava apenas exercendo o seu direito constitucional de liberdade de expressão, e esse apenas havia reportado sua opinião sobre fatos históricos, sob um ângulo totalmente diferente da visão que a maioria tem sobre o fato. Já em segunda instância, Ellwanger teve condenação imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). No Superior Tribunal de Justiça houve a confirmação da condenação do acusado. O caso por fim chegou ao STF através do HC 82424. Em suma, Ellwanger foi acusado por praticar racismo em face da edição e venda de livros com ideias discriminatórias, negando o holocausto. Os advogados sustentaram que os judeus não poderiam ser caracterizados como raça e por isso o delito estaria prescrito, fatos da causa de pedir do HC 82424 no STF. Depois de 9 meses de pedidos de vista e discussões, o julgamento teve fim. Por maioria de sete a três, o Plenário negou o pedido. Foram vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Os dois primeiros consideraram o crime prescrito. Ayres Britto concedia o recurso de ofício para absolver o livreiro por falta de provas. (BRANCO. **A liberdade de expressão na jurisprudência do STF**. Organização Paulo Gustavo Gonet Branco. – Brasília : IDP, 2012).

⁷³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do **nazismo**. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) (Grifou-se).⁷⁴

Nessa toada, segundo o promotor, a mera exposição à venda da “bíblia do nazismo”, por si só, faz periclitar o objeto jurídico penalmente tutelado pela norma aludida, que define os crimes resultantes de preconceito de raça. Com efeito, como medida antecedente à deflagração da ação penal, pugnou pela tutela cautelar inibitória atuada sob o nº. 0030603-92.2016.8.19.0001⁷⁵, para fins de que seja determinada a busca e apreensão dos exemplares de *Mein Kampf* na sede da editoras investigadas.

Em 02 de fevereiro de 2016, por sua vez, a 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, por seu magistrado Alberto Salomão Júnior, ao decidir quanto à possibilidade do deferimento da ação cautelar inibitória pleiteada pelo *parquet*, sustentou que a notícia crime veiculada exige ação imediata da atividade estatal, sob pena de importar em omissão do poder público sobre relevante tema de interesse difuso, conforme decisão carreada ao Anexo da presente pesquisa.

Ademais, é possível extrair da decisão de 6 laudas do magistrado o que segue:

[...] No caso presente, verifico que a questão trazida ao conhecimento deste juízo comporta imediata providência do Poder Judiciário, com o fito de tutelar a ordem pública evitando a prática de crime definido no artigo 20 § 3º, inciso I, da Lei nº 7.716/89.

A publicação que deu ensejo à presente ação cautelar, tem o condão de violar a lei penal, pois fomenta a prática nefasta da intolerância a parcela determinável de pessoas humanas. Neste particular, não se pode olvidar, o que é fato notório e, portanto, independe de produção de prova específica sobre a existência do fato, que o líder nazista, autor da obra intitulada “Minha Luta”, pregava e incitava a prática do ódio contra judeus, negros, homossexuais, ciganos etc.

Diante do evidente 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.⁷⁶

⁷⁴ BRASIL. **Lei n. 7.716/89**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em 06/05/2017.

⁷⁵ BRASIL, 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. TJRJ. **Medida Cautelar Inibitória n. 0030603-92.2016.8.19.0001**. Juiz Alberto Salomão Júnior. Publicação Diário da Justiça em 02/02/2016. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=pública&numProcesso=2016.001.024910-6>. Acesso em 24/03/2017.

⁷⁶ Ibid. op. cit. p. 4.

Do trecho colacionado, é possível depreender que o magistrado, em verdade, sustenta que não há que se falar em conflito de direitos fundamentais entre o direito à informação sem o crivo da censura *versus* a dignidade da pessoa humana. Isto porque, segundo o magistrado, trata-se da proteção a bens jurídicos diversos e em diferentes níveis de tutela jurídica e social.

Outrossim, fundamenta o magistrado que inexistente, na espécie, conflito a ser solucionado, uma vez que a “bíblia do nazismo” não estaria a tutelar qualquer direito à informação, consoante se vê:

Aquí, no caso concreto, tenho que inexistente conflito real a ser solucionado, pois, a publicação da obra comumente chamada “bíblia do nazismo” não está a tutelar o direito à informação. Pelo contrário, a obra em questão tem o condão de fomentar a lamentável prática que a história demonstrou ser responsável pela morte de milhões de pessoas inocentes, sobretudo, nos episódios ligados à II Guerra Mundial e seus horrores oriundos do nazismo preconizado por Adolf Hitler. Portanto, contrária à defesa dos direitos humanos.⁷⁷

Em prosseguindo, por entender satisfeitos os requisitos para a concessão da tutela inibitória, quais sejam, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, o Juízo decidiu pelo deferimento da tutela inibitória, uma vez que a venda de livros que veiculam ideias e ideais nazistas, alegadamente, ferem de morte a ordem pública, pois incide na norma penal inculpada no citado artigo 20, § 1º, da Lei nº 7.716/89.

Assim, em apertada síntese, como argumentos centrais à proibição da veiculação de *Mein Kampf* na decisão aludida, tem-se: a) a República Federativa do Brasil, Estado Democrático de Direito, em sua Constituição, preceitua no artigo 1º, inciso III⁷⁸, que um de seus fundamentos é a dignidade da pessoa humana; e, no artigo 4º, incisos II e VIII⁷⁹, positivase como objetivos fundamentais a prevalência dos direitos humanos e o repúdio ao racismo e ao terrorismo; b) a edição do livro *Mein Kampf* comporta imediata providência do Poder Judiciário, com o fito de tutelar a ordem pública, evitando a prática de crime definido no artigo 20, §1º, da Lei nº 7.716/89; c) é fato notório e, portanto, independe de produção de prova específica sobre a existência do fato que Hitler pregava e incitava a prática do ódio contra judeus

⁷⁷ Ibid. op. cit. p. 4.

⁷⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 06/04/2017.

⁷⁹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos; [...] VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 06/04/2017.

e outras minorias; d) a proteção dos direitos humanos de pessoas que possam vir a ser vítimas do nazismo, bem como a memória daqueles que já foram vitimados; e) incoerência de conflito de direitos fundamentais, pois a publicação da obra comumente chamada “bíblia do nazismo” não está a tutelar o direito à informação; f) o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento acerca do tema, quando negou ordem de *habeas corpus* a paciente condenado por publicar obra literária contrária à tutela penal conferida pela Lei nº 7.716/89, no caso Ellwanger (HC 82.424/RS).

Destarte, o Juízo da 33ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro exarou decisão deferindo a medida cautelar inibitória, para fins de determinar a proibição de exposição, venda ou divulgação a qualquer título da obra intitulada “Minha Luta”, de Adolf Hitler, fixando multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por exemplar divulgado ou vendido, com fulcro no artigo 20, § 3º, inciso I, da Lei nº 7.716/89.⁸⁰

Diante do deferimento da aludida medida liminar, o advogado Mário Barbosa Villas Boas, na condição de patrono da Editora Centauro, impetrou *habeas corpus* preventivo em favor do paciente Almir Caparros Faga, representante legal da editora, visando impedir possível propositura de Ação Penal, pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em desfavor do paciente por crime de racismo e incitação ao preconceito ao povo judeu pela publicação e reedição de “Minha Luta”.

A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em relatoria da Desembargadora Katya Maria de Paula Menezes Monnerat, por unanimidade, decidiu negar segurança ao *writ* impetrado, sob o argumento de que a análise do teor da obra, se incitadora de crime ou não, é questão que exige dilação probatória e extrapola os limites *habeas corpus*; e que não se pode engessar a atuação do Ministério Público ao impedir que futuramente venha propor Ação Penal, caso entenda que a divulgação da obra represente apologia ao crime de racismo ou qualquer outro tipificado na legislação penal brasileira, conforme se extrai da ementa a seguir colacionada:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO DESCRITO NO ARTIGO 20, §2.º, DA LEI N.º 7.716/89. PUBLICAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE OBRA “MINHA LUTA”, DE AUTORIA DE ADOLF HITLER, CONSIDERADA DE CUNHO RACISTA. Impetrante alega a intenção do Ministério

⁸⁰ 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: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. § 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo [...]. BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em 16/04/2017.

Público Estadual em propor ação cautelar preparatória em face o paciente. Não há notícia da instauração de Inquérito Policial ou propositura de ação penal principal que tenha por objeto proibir a divulgação e ou publicação da obra *Minha Luta* (Mein Kampf). O fato da obra “Minha Luta” de Adolf Hitler ter caído em domínio público em nada se confunde com possível teor preconceituoso que a obra possa ter. A análise do teor da obra, se incitadora de crime ou não, é questão que exige dilação probatória e extrapola os limites deste writ, devendo ser analisada em ação penal. Por fim, não se pode engessar o Ministério Público impedindo que futuramente venha propor ação penal, caso entenda que a divulgação da obra represente apologia ao crime de racismo ou qualquer outro tipificado na legislação penal brasileira. ORDEM DENEGADA.⁸¹

Ante o indeferimento do pleito liminar, o Impetrante interpôs Agravo Regimental em *Habeas Corpus*, sustentado que paciente se encontra ameaçado de perda de seu direito de liberdade de locomoção e em risco de prejuízo material, por ato praticado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

No que tange aos argumentos utilizados em sede Agravo Regimental, o Impetrante trouxe aos autos a informação segundo a qual, em 11/01/2005, isto é, cerca de 11 anos antes do caso estudado, o Ministério Público de São Paulo já havia deflagrado Ação Penal em desfavor do mesmo paciente, o qual ostentava a qualidade de sócio proprietário da empresa Centauro Editora, por suposta prática de crime de racismo, por editar, distribuir e expor à venda a obra “Protocolos dos Sábios do Sião” e “Minha Luta”.

Isto é, em sede de Agravo Regimental, o Impetrante trouxe novas informações de que já havia sido processado criminalmente pela edição e divulgação de obras literárias racistas em São Paulo e também no Rio de Janeiro nos idos de 2005, sendo, contudo, absolvido em segunda instância em ambos os Tribunais locais, estando a aguardar o julgamento da matéria nos Tribunais Superiores.

Tornando ao caso em análise, tem-se que, em sede recursal, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, uma vez mais, negou provimento ao Agravo Regimental em *Habeas Corpus*, consoante ementa que se colaciona abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO DESCRITO NO ARTIGO 20, §2.º, DA LEI N.º 7.716/89. PUBLICAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE OBRA “MINHA LUTA”, DE AUTORIA DE ADOLF HITLER, CONSIDERADA DE CUNHO RACISTA. Impetrante/agravante que alega a intenção do Ministério Público Estadual em propor ação cautelar preparatória em face o paciente. Pleito busca a concessão de liminar para que fosse intimado o MP para se abster de distribuir a ação cautelar preparatória, e, caso tenha havido a distribuição, seja sustado o andamento do feito. E, no mérito, o trancamento da ação, sob o argumento de haver coisa julgada favorável ao paciente, a qual considerou lícita a distribuição da mencionada obra. Liminar indeferida. Inconformismo do impetrante

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Habeas Corpus n.º 0004106-44.2016.8.19.0000**, Relator: Des. Katya Maria Monnerat, julgado em 22/09/2016. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2016.001.024910-6&acessoIP=internet&tipoUsuario=>. Acesso em 25/05/2017.

que interpôs agravo regimental, buscando a revisão da decisão agravada. Recurso conhecido e desprovido. Manutenção da decisão vergastada.⁸²

Ainda, do inteiro teor da decisão acima, é possível constatar:

Além disso, a matéria ora em questão possui grande importância. Não apenas sob o aspecto jurídico, mas também para toda a sociedade. Eis que o preconceito e a discriminação racial - fundadas na ideia da existência de raças superiores -, são práticas que devem ser combatidas a todo o custo. Deste modo, somente com a vinda das informações haverá maior segurança jurídica, com esclarecimento de pontos controvertidos, dando melhor suporte a este Colegiado para decidir com melhor embasamento, pela concessão ou denegação da ordem pretendida. Destarte, conclui-se no sentido de que a decisão tomada, em sede de cognição sumária, se fez precedida de toda cautela e segurança, não se verificando qualquer abuso de direito ou alguma violação à regra legal em transferir para o órgão Colegiado a decisão de conceder ou não a ordem de habeas corpus impetrada. Assim, a decisão de indeferimento da liminar deve ser mantida, tendo em vista que não se verifica de plano constrangimento ilegal alegado. Ante ao exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao Agravo Regimental. Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 2016. Des. Katya Maria de Paula Menezes Monnerat – Relatora.⁸³

Daí porque o Impetrante, ao ver negada a ordem do *writ*, manejou o Recurso Ordinário Constitucional, direcionado ao Superior Tribunal de Justiça, o que, autuado sob o n. Recurso Ordinário Constitucional em *Habeas Corpus* nº 77.358/RJ, sob relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, da 6ª Turma, em decisão monocrática, julgou improcedente o aludido recurso, aduzindo “que a medida cautelar inominada apontada pelo recorrente não possui caráter de investigação criminal tampouco de ação criminal que busque a aplicação de pena”, de modo que o *Habeas Corpus* não se presta a analisar “vago receio ou a mera expectativa de violência, coação ou ameaça à liberdade de locomoção”, não se adentrando ao mérito da (i)legalidade da veiculação da autobiografia de Adolf Hitler, todavia.

Por sua vez, o Impetrante interpôs, ainda, Agravo Regimental em Recurso em *Habeas Corpus*, com o escopo de reformar a decisão que denegou ordem ao *writ* preventivo, pelo que os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiram, por unanimidade, negar provimento ao agravo interposto, conforme se extrai da ementa a seguir transcrita:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE QUE HÁ CONCRETA AMEAÇA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. 2. Pretende o agravante, em verdade, mais uma vez, o reconhecimento de que a medida cautelar inominada apontada pelo recorrente possui caráter de investigação criminal ou de ação criminal que busque a aplicação de penal. 3. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido

⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo Regimental em Habeas Corpus n.º 0004106-44.2016.8.19.0000**. Relatoria Des. Katya Maria Monnerat. Julgado em 26 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.059.02253>. Acesso em 26/05/2017.

⁸³ Ibid. op. cit. p. 11.

de que, para a concessão de habeas corpus, ainda que preventivo, é insuficiente a mera possibilidade de concretização do dano à liberdade, sendo exigível a demonstração do concreto perigo de lesão ao direito protegido.⁸⁴

Com o intuito de reverter a decisão liminar vergastada, o Impetrante, ainda, interpôs Recurso Extraordinário em 22 de fevereiro de 2017, o qual, contudo, ainda não fora julgado. Desde então, tem-se que a liminar que proibiu a venda e circulação de exemplares de “Minha Luta”, de Adolf Hitler, permanece hígida e incólume, portanto.

Além disso, é de se ressaltar que, até o presente momento, o Ministério Público do Rio de Janeiro não ofereceu denúncia ou instaurou Ação Penal com o fim de punir criminalmente os diretores das editoras por eventuais delitos de racismo ou crimes correlatos.

Diante do aludido esforço processual, o que se pretende, no presente capítulo, é analisar os fundamentos da decisão estudada e explorar os argumentos utilizados pelo magistrado singular, examinando a legitimidade e constitucionalidade da decisão, sob o prisma do princípio constitucional da liberdade de informação e de expressão.

3.3 Das razões de proibição: combate aos escritos de ódio

Embora o assunto atinente ao conflito entre liberdade de informação e o combate ao racismo e prevalência da dignidade da pessoa humana seja rodeado de polêmicas e dos mais diversos pontos de vista, nesta etapa, caberá elucidar, pormenorizadamente, os fundamentos que corroboram a decisão judicial de proibição de *Mein Kampf*.

A polêmica, portanto, repousa não somente na obra proibida, mas também na decisão judicial que a proibiu, numa espécie de censura judicial à obra literária por seu conteúdo tido por subversivo, de maneira que o assunto vem dividindo opiniões desde a prolação da decisão judicial liminar ora examinada.

Na opinião do professor e advogado Miguel Reale Jr., no entanto, “Minha Luta” tem a função de propagar e induzir a discriminação racial, o que é tido por crime inafiançável e imprescritível, pelo que deve ser prontamente combatida, uma vez que “o exemplo histórico da consequência da publicação de um livro dessa natureza está nos milhões de mortos do Holocausto e na naturalidade com que isso ocorreu na Alemanha”.⁸⁵

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Recurso Em Habeas Corpus n. 77.358/RJ**. 6ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 13/12/2016.

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602736784&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 26/05/2017.

⁸⁵ BIANCO, Nathalia. **O livro de Hitler deve ser proibido?** (Entrevista Miguel Reale Jr). Época. 2016. Disponível em: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/02/o-livro-de-hitler-deve-ser-proibido-sim.html>. Acesso em 30/03/2017.

Por tal razão, além do que já fora verificado na decisão proferida pela 33ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, abordar-se-ão os argumentos que apontam para a necessidade *incontinenti* de retirar a obra nazista de circulação.

3.3.1 Dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos e repúdio ao racismo

Dentre os argumentos utilizados pelo Juízo da 33ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro para a retirada de circulação de “Minha Luta” em território nacional está o argumento atinente à dignidade da pessoa humana e a consequente prevalência aos direitos humanos no caso em tela.

A esse respeito, dispõe a Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (grifou-se)⁸⁶

De igual modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, consagra o princípio da humanidade e da dignidade desde o seu preâmbulo, *in verbis*:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...).

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos **direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana**, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla (grifou-se).⁸⁷

Acrescenta-se, ainda, o que a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, de 1969, estatui, em seu artigo 11, item 1, que “toda pessoa humana tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.”⁸⁸

Historicamente, tem-se que o cristianismo possui relevante papel na consolidação da ideia de uma dignidade inerente à condição de homem, que decorre do ensinamento segundo

⁸⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 06/04/2017.

⁸⁷ ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 26/05/2017.

⁸⁸ OEA. **Pacto de San José da Costa Rica**. 1969.

Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 31/03/2017.

o qual o homem foi formado à imagem e semelhança de Deus e de que o próprio Deus não teve por usurpação assumir a condição humana – através do Messias - a fim de redimi-la, conferindo à humanidade alto valor intrínseco, conforme leciona Jacques Maritain.⁸⁹

No auge do Iluminismo francês, Immanuel Kant delineou, ao tratar do imperativo categórico, os traços modernos e filosóficos da dignidade humana, ao afirmar “age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio”.⁹⁰

Ante a difícil elucidação do conceito em questão, o jurista brasileiro Luís Roberto Barroso aponta que as acepções de dignidade da pessoa humana, por ser conceito complexo e cambiante, sofreu diversas alterações ao longo da história da humanidade, conforme leciona:

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional.⁹¹

Daí porque expressão “dignidade da pessoa humana” é muito utilizada, embora não se alcance o âmago do conceito e seus consectários, razão pela qual, por vezes, sua utilização é feita em contextos inadequados ou contraditórios, mesmo em se tratando de direitos e garantias individuais fundamentais.

Isto é, muito embora seja demasiadamente comum, no meio jurídico, valer-se da expressão denominada “dignidade da pessoa humana”, a sua utilização, todavia, pode apresentar diversas feições, a depender do caso em concreto, servindo de verdadeira “carta em

⁸⁹ O cristianismo associa o ensinamento judaico de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual. Jesus, como ensina São Paulo, chamou a todos para a salvação sem distinção entre judeus e gregos, escravos e homens livres, homens e mulheres (Epístola aos Romanos 10:12; Epístola aos Gálatas 3:28). Neste sentido o ensinamento cristão é um dos elementos norteadores ao avanço daquilo que posteriormente veio a se chamar de direitos humanos. MARITAIN, J. **Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático in Neoconstitucionalismo(s)**, Madrid: Trotta, 2005, p. 32.

⁹⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986. p. 54.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado. 2010. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em 26/05/2017.

branco” utilizada para fundamentar qualquer posição, podendo, inclusive, ser argumento utilizado para finalidades opostas, conforme se demonstrará a seguir.

No intento de superar a mencionada vagueza conceitual, Barroso ensina que a dignidade humana é, na verdade, “um valor, um conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso, de modo que, neste plano ético, a dignidade se torna a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais”.⁹²

Por seu turno, o professor Ingo Wolfgang Sarlet conceitua, em sentido semelhante:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano.⁹³

Como dito, ao valer-se da dignidade da pessoa humana, enquanto conceito axiológico abstrato e correlato à ideia de bom e justo, o magistrado da 33ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro manifestou entendimento no sentido de que a proibição da autobiografia de Adolf Hitler corrobora com o a promoção do bem comum, afastando-se os pensamentos tidos por subversivos e preconceituosos estampados na obra analisada.

Com efeito, por tais premissas, *Mein Kampf* estaria a atentar contra os princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade brasileira, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Isso porque a veiculação da autobiografia de Hitler acabaria por promover ideias antissemitas, o mito da raça ariana, dentre outros ensinamentos subversivos, que poderiam incitar o crime de racismo e divulgação do nazismo.

Daí porque o magistrado da 33ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro sustenta que dúvida inexistente que “se houver um confronto entre os interesses jurídicos em comento, vai prevalecer a tutela dos direitos humanos, seja se utilizando da técnica de solução de conflitos consistente na preponderância de interesses, seja pela técnica da harmonização entre os interesses em conflito”, uma vez que tal afirmativa decorre da prevalência dos direitos humanos sobre qualquer outro que vá de encontro a este.⁹⁴

⁹² Ibid, op. cit., p. 8.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 65.

⁹⁴ BRASIL, 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. TJRJ. **Medida Cautelar Inibitória n. 0030603-92.2016.8.19.0001**. Juiz Alberto Salomão Júnior. Publicação Diário da Justiça em 02/02/2016. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2016.001.024910-6>. Acesso em 24/03/2017.

De igual modo, o magistrado destaca o cunho racista e segregador da obra de Hitler, o que por si só estaria a colidir com os postulados da dignidade da pessoa humana, bem como infringindo a norma penal atinente ao crime de racismo e divulgação do nazismo.

Quanto à definição, dispõe o dicionário Aurélio que se pode entender como *racismo* a “tendência do pensamento em que se dá grande importância à noção da existência de raças humanas distintas”, de tal sorte que as características culturais humanas são determinadas hereditariamente, “sustentando a superioridade biológica, cultural e/ou moral de determinada raça”, em detrimento de outras.⁹⁵

No que tange à prática de racismo, dispõe a Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (grifou-se).⁹⁶

Tal explicitação no combate ao racismo, na lição do constitucionalista José Afonso da Silva, é inequívoca, tal como se depreende a partir da inteligência do artigo 3º, IV da Constituição Federal, que estabelece, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o de “promover o bem de todos, sem quaisquer preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.⁹⁷

Ainda, destaca-se, segundo Sarmento, a chamada horizontalidade dos direitos fundamentais, segundo o qual tais direitos também vinculam e obrigam indivíduos em suas relações particulares, de modo que “a Constituição brasileira não vedou apenas ao Estado a prática de atos de discriminação, preconceito e intolerância, mas fê-lo também em relação a cada cidadão ou entidade privada”.⁹⁸

Daí porque, segundo Guilherme de Souza Nucci, constitui “verdadeiro poder-dever do Poder Judiciário fazer valer os comandos constitucionais vigentes no que toca aos direitos e garantias humanas fundamentais”. A esse respeito, inclusive, tem-se que “uma das preocupações do legislador-constituente baseou-se no combate ao racismo, em busca de uma sociedade igualitária, pluralista e democrática”.⁹⁹

⁹⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 06/04/2017.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003. p.222

⁹⁸ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 47.

⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Racismo: uma interpretação à luz da Constituição Federal**. Carta Forense: São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/racismo-uma-interpretacao-a-luz-da-constituicao-federal/5447>.

Ao tornar ao caso em análise, a fim de perscrutar o teor da obra de Adolf Hitler, no que toca à distinção entre raças e a enunciação da chamada *eugenia*, destaca-se:

E assim os homens erram pelo Jardim da Natureza, convencidos de quase tudo conhecer e saber, e, no entanto, com raras exceções, deixam de enxergar um dos princípios básicos de maior importância na sua organização a saber: o isolamento de todos os seres vivos desta terra dentro das suas espécies. [...] Esse instinto que vigora em toda a Natureza, essa tendência à purificação racial, tem por consequência não só levantar uma barreira poderosa entre cada raça e o mundo exterior, como também uniformizar as disposições naturais. A raposa é sempre raposa, o ganso, ganso, o tigre, tigre etc. Nunca se achará, porém, uma raposa manifestando a um ganso sentimentos humanitários da mesma maneira que não há um gato com inclinação favorável a um rato.¹⁰⁰

Ao prosseguir quanto ao chamado “pecado da mistura de sangue”, Hitler chega a afirmar que os Estados Unidos da América eram, à época, mais desenvolvidos do que a América Central e a do Sul em virtude de suposta menor mistura de raças, afirmando:

Inúmeras provas disso nos fornece a experiência histórica. Com assombrosa clareza ela demonstra, que, em toda mistura de sangue entre o ariano e povos inferiores, o resultado foi sempre a extinção do elemento civilizador. A América do Norte, cuja população, decididamente, na sua maior parte, se compõe de elementos germânicos, que só muito pouco se misturaram com povos inferiores e de cor, apresenta outra humanidade e cultura do que a América Central e do Sul, onde os imigrantes, quase todos latinos, se fundiram, em grande número, com os habitantes indígenas. Bastaria esse exemplo para fazer reconhecer clara e distintamente, o efeito da fusão de raças. O germano do continente americano elevou-se até a dominação deste, por se ter conservado mais puro e sem mistura; ali continuará a imperar, enquanto não se deixar vitimar pelo pecado da mistura do sangue.¹⁰¹

Evidencia-se, portanto, o caráter segregador e racista estampado no pensamento e na ideologia de Adolf Hitler, o qual, por via de consequência, confundia-se com os ideais do partido nazi, o que culminou com a já aludida *solução final* e o holocausto judeu.

No Brasil, dentre as decisões do judiciário brasileiro a esse respeito, cita-se o *Habeas Corpus* n. 82.424/RS¹⁰², de 2003, o qual se fez *leading case* no Supremo Tribunal Federal, dando ensejo à repercussão nacional a respeito da criminalização do racismo mediante edição de obras literárias, constituindo-se, assim, julgado paradigmático.

No mencionado *Habeas Corpus*, a discussão diz respeito à prática de racismo relacionada aos judeus, sendo questão determinante a caracterização dos judeus como raça, para fins de apontar se a conduta perpetrada pelo paciente seria ou não racismo - imprescritível e inafiançável, portanto -, analisando, como ponto reflexo, os eventuais limites à liberdade de expressão.

¹⁰⁰ HITLER. Op. cit. p.155.

¹⁰¹ HITLER. Op. cit. p. 156.

¹⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424/RS**. Relator originário: ALVES, Moreira. Relator para o acórdão: CORRÊA, Maurício. Publicado no DJ de 19- 03-2004 p.524-1010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 05/04/2017.

Siegfried Ellwanger, editor e autor de livros de cunho histórico revisionista acerca da Segunda Guerra Mundial, dentre eles “*Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos Bastidores da Mentira do Século*”, o qual objetivava promover uma revisão histórica acerca da Segunda Guerra Mundial, apresentava em suas obras outras perspectivas para os fatos histórico relativos à Alemanha nazista, valendo-se, contudo, de marcante discurso antissemita e elogios tecidos a Adolf Hitler.

Por tais motivos, Ellwanger fora denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul como incurso no crime de racismo contra judeus, disposto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989. No entanto, Ellwanger fora absolvido pelo juízo de primeiro grau. Em sede de apelação, sob a relatoria do Des. Fernando Mottola, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 31/10/1996, fora julgado procedente o recurso a fim de reformar o *decisum* prolatado pelo juízo singular, condenando o apelado a dois anos de reclusão, com *sursis*. O condenado interpôs Recurso Especial, pelo que o Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento do Tribunal de Justiça gaúcho, com o fim de manter incólume o acórdão guerreado, uma vez que se tratava de crime de racismo e, portanto, imprescritível.¹⁰³

Diante disso, a defesa de Ellwanger impetrou *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal, sustentando, em síntese, que a condenação pela discriminação não possui caráter de racismo, razão pela qual havia ocorrido a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, por 8 votos a 3, decidiu pela configuração do delito de racismo, e que tal conduta deve ser reprimida penalmente sem a superveniência da prescrição da pretensão punitiva estatal, consoante ementa a seguir colacionada:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. **1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).** 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. 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, pêlos 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.** 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta 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. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam

¹⁰³ Ibid. op. cit. p. 298

raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade 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. Estigmas que por si só evidenciam 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. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens 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 anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. **10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.** 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na 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. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). **O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.** 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". 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.** 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que

se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.¹⁰⁴

Dentre os ministros que votaram pela não concessão de ordem ao *writ* aludido, tem-se: Carlos Velloso, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence. Por outro lado, os ministros Moreira Alves, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio entenderam pela não ocorrência do crime de racismo na espécie, ante o maior valor conferido à liberdade de expressão, razão pela qual o delito estaria prescrito.¹⁰⁵

Em sua fundamentação, o Ministro Celso de Mello, que votou pela denegação do *Habeas Corpus*, sustentou que “aquele que ofende a dignidade pessoal de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de fundo racista, também atinge – e atinge profundamente – a dignidade de todos e de cada um de nós”.¹⁰⁶

Durante seu voto, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que o antissemitismo está abarcado nas expressões de racismo, em forte aproximação ao discurso de ódio, ao relacionar o racismo e a liberdade de expressão, razão pela qual deve existir preocupação das sociedades democráticas com a incitação à discriminação racial no exercício da liberdade de expressão, solucionando-se com supedâneo na técnica de ponderação de princípios e valendo-se das lições de Kevin Boyle:

A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. [...] Mas igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política [...] Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa.¹⁰⁷

Ainda, com relação às características das ideologia racista, Mendes relembra a lição de Norberto Bobbio, em o *Elogio da Serenidade*, segundo o qual são necessárias três requisitos à configuração de uma cosmovisão racista, a saber:

1. A humanidade está dividida em raças diversas, cuja diversidade é dada por elementos de caráter biológico e psicológico, e também em última instância por elementos culturais, que, porém, derivam dos primeiros. Dizer que existem raças significa dizer que existem grupos humanos cujos caracteres são invariáveis e se transmitem hereditariamente. 2. Não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores. Com essa afirmação, a ideologia racista dá um passo avante.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424-2/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 2003. p. 598.

¹⁰⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>. Acesso em 10/04/2017.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424-2/RS. 2003, op. cit. p. 72.

¹⁰⁷ BOYLE, Kevin *apud* Min. Gilmar Mendes. HC 82.424/RS. p. 650-651.

Mas fica diante da dificuldade de fixar os critérios com base nos quais se pode estabelecer com certeza que uma raça é superior a outra. 3. Não só existem raças, não só existem raças superiores e inferiores, mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, e de extrair disso, eventualmente, todas as vantagens possíveis. A justificação do colonialismo se serviu sobretudo do segundo princípio: há não muitos anos, a União Soviética justificou a agressão ao Afeganistão sustentando que era seu dever dar uma ajuda fraterna ao povo vizinho ameaçado por inimigos poderosos. No entanto, o racismo jamais renunciou ao uso do terceiro princípio.¹⁰⁸

Nesse tocante, o então Ministro Carlos Velloso ressaltou que, nos livros publicados por Ellwanger, os judeus são tidos por raça, falando-se em "inclinação racial e parasitária dos judeus", "tendências do sangue judeu", "judeus como culpados e beneficiários da Segunda Guerra", razão pela qual o racismo estaria configurado, consoante se vê:

O racismo é uma postura voltada à visualização de divisão entre os seres humanos, calcada em raças, algumas consideradas superiores às outras, pela existência de pretensas qualidades ou virtudes aleatoriamente eleitas. Cultiva-se, então, um sentimento segregacionista, apartando-se a sociedade em camadas e estratos, mercedores de vivência distinta dos demais. Em verdade, não há raças definidas, distintas e diferenciadas no mundo. Existe apenas a raça humana, com seus naturais contrastes superficiais de aparência, cercados de costumes e tradições diversificadas.¹⁰⁹

Em parecer lançado nos autos do caso Ellwanger, o jurista Celso Lafer afirmou que a divulgação de obras literárias racistas relaciona-se aos delitos que “nos queremos livrar, em todas as suas vertentes, para construir uma sociedade digna”. Ademais, sustentou que obras literárias nazistas culminam por preservar viva a memória de um antissemitismo racista, isto é, “o mesmo antissemitismo que levou, no Estado Racial em que se converteu a Alemanha nazista, à escala sem precedentes do mal representado pelo Holocausto”, pelo que conclui:

A memória das práticas racistas que dificultaram, na História do Brasil, a criação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos – valores supremos do País consagrados no Preâmbulo da Constituição – é o que o Constituinte quis preservar, para impedir sua reincidência. Por isso conferiu, no art. 5º, LXII, ao crime da prática do racismo o peso e a gravidade da imprescritibilidade. O Holocausto é a recusa da condição humana da pluralidade e da diversidade, que contesta, pela violência do extermínio, os princípios da igualdade e da não discriminação, que são a base da tutela dos direitos humanos. O crime de Siegfried Ellwanger, por apontar nessa direção do mal, não admite o esquecimento.¹¹⁰

Portanto, faz-se possível concluir que o atual posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, firmado e lapidado ao longo do caso Ellwanger, é de caráter paradigmático no que tange à criminalização do antissemitismo e da constitucionalidade da restrição da liberdade de expressão em casos de manifestação do pensamento eivada de racismo,

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade**. São Paulo: Unesp, 2002. p. 127-128

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2/RS**. 2003, op. cit. p. 144.

¹¹⁰ LAFER, Celso. **O caso Ellwanger: antissemitismo como crime da prática do racismo** In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2/RS**. 2003, op. cit. p. 345.

consignando que, em casos de tal espécie, devem prevalecer a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

Isto é, desde 2003, o posicionamento consolidado nos tribunais pátrios com relação à divulgação de obras literárias de conteúdo racista é uníssono e inequívoco, de modo a prevalecer a dignidade da pessoa humana e o combate ao racismo, inclusive na forma do antissemitismo.

Daí decorre que os direitos fundamentais não poderiam dar guarida, no âmbito da liberdade de expressão, às manifestações antissemitas, por entender que estas, em verdade, correspondem à variação do racismo, com idênticas consequências penais.

Por isso, sob tal perspectiva, a proibição de *Mein Kampf*, na decisão estudada, seria fundamental para a afirmação de combate à intolerância e para o fomento de uma concepção de exercício dos direitos fundamentais no contexto de sociedades democráticas, uma vez que o teor da obra em análise incorre no incentivo à desrespeito e aos ataques à dignidade de determinados grupos ou etnias.

3.3.2 Do tratamento conferido ao *hate speech* no ordenamento jurídico brasileiro e das razões de proibição ao ‘Minha Luta’

Somando-se ao argumento relativo à prevalência da dignidade da pessoa humana e o combate enfático ao racismo decorrente da Constituição Federal de 1988, tem-se, para parte da doutrina pátria, que, muito embora o Brasil viva um Estado Democrático de Direito, determinadas formas de restrições são legítimas para o funcionamento e manutenção da democracia; dentre as proibições tidas por legítimas destacam-se aquelas realizadas em face do chamado discurso de ódio (*hate speech*).

Ressalta-se que a censura deve, por óbvio, ser medida de *ultima ratio*, uma vez que, segundo Sarmiento, o quadro atual, no Brasil, é “menos o de um Governo autoritário, tentando calar os críticos e dissidentes, e mais o de juízes e legisladores buscando fórmulas de equilíbrio entre princípios constitucionais colidentes.”¹¹¹

Em 2007, a Organização dos Estados Americanos afirmou não ser absoluta a livre expressão, uma vez que esta pode ser submetida a regime de restrição nos casos em que resta configurada “algum conduta definida legalmente como geradora de responsabilidade pelo abuso da liberdade de expressão”. Reconheceu-se, assim, a possibilidade de limitações ao

¹¹¹ SARMENTO. Op. cit. p. 4.

exercício do direito de liberdade de expressão e de acesso à informação pautadas na proteção dos direitos ou reputação de outras pessoas, da segurança nacional, da ordem pública e da saúde e moral públicas.¹¹²

Com efeito, muito embora a liberdade de expressão seja um direito constitucionalmente consagrado¹¹³, ocasiões há em que tal direito fundamental possa vir a ser, de algum modo, mitigado. A esse respeito, inclusive, escreveu o professor Matheus de Castro Felipe *et al.*:

Entretanto, mesmo havendo previsão legal para escolha, a liberdade não poderá ser exercida de forma ilimitada. É fundamental o entendimento de que a escolha, por definição, apresenta limites quanto ao seu exercício. Qualquer conduta que ultrapasse os limites dessa esfera de autodeterminação poderá ser objeto de repressão. Assim, por exemplo: a liberdade de Manifestação do Pensamento, estabelecida pelo ordenamento jurídico, não autoriza a calúnia ou a injúria, condutas estas situadas para além da possibilidade de escolha garantida pela liberdade de expressão. Nesse sentido, poderia-se observar ainda outro exemplo: a liberdade de Culto Religioso. Essa liberdade não é compatível com o sacrifício de crianças, ainda que isso esteja previsto em algum ritual religioso. São, pois, condutas inadmissíveis, reprovadas pela sociedade, que teriam ultrapassado os limites da liberdade de culto religioso, passível, portanto, de ação repressiva estatal.¹¹⁴

Nesse contexto, é que se traz à baila o fenômeno da propagação do discurso de ódio (em inglês: *hate speech*) na sociedade contemporânea, o qual pode ser considerado uma apologia abstrata ao ódio, que representa o “desprezo e a discriminação a determinados grupos de pessoas imbuídas de certas características, crenças, qualidades ou em condição social e econômica diversa, tais como os ciganos, nordestinos, negros, judeus, árabes, islâmicos, homossexuais, mulheres, entre outros”, ensina Samantha Meyer-Pflug.¹¹⁵

No que toca às origens da expressão discurso de ódio, que remonta ao fim da Segunda Guerra Mundial, é do escólio de Michel Rosenfeld:

The regulation of hate speech is largely a post World War II phenomenon. Prompted by the obvious links between racist propaganda and the Holocaust, various

¹¹² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos/OEA. **Estudo especial sobre o direito de acesso à informação**, 2007, p. 47).

¹¹³ A liberdade de expressão ocupa uma posição extremamente destacada no sistema constitucional brasileiro. O texto constitucional consagrou de modo exaustivo: art. 5º, inciso IV –(liberdade de manifestação do pensamento) art. 5º, inciso X (liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença); art. 5º, inciso XIV (direito à informação e garantia do sigilo da fonte jornalística); art. 220, caput (garantia da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e informação, sob qualquer forma e veículo); art. 220, § 1º (liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social); art. 220, § 2º (proibição de qualquer censura de natureza política, artística ou ideológica).

¹¹⁴ DE FREITAS, Riva Sobrado; DE CASTRO, Matheus Felipe. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 327-355, jul. 2013. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/28064>>. Acesso em: 07 abr. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p327>.

¹¹⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.48.

international covenants as well as individual countries such as German and even, in the decade immediately following the war, the United States excluded hate speech from the scope of constitutionally protected expression. Viewed from the particular perspective of a rejection of the Nazi experience and an attempt to prevent its resurgence, the suppression of hate speech seems both obvious and commendable.¹¹⁶

Por isso, segundo Castro, em que pese encontrar um conceito operacional para o *hate speech* não seja tarefa simples, aduz-se, todavia, que há elementos centrais a partir dos quais um discurso pode ser considerado de incitamento odioso, a saber: a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais, de modo que “o escopo do discurso seja o de propagar a discriminação, por razões de etnia, opção sexual, condição econômica ou gênero, promovendo a exclusão social”.¹¹⁷

No caso em tela, poder-se-ia afirmar que o “Minha Luta” é um dos exemplos mais elucidativos do que venha a ser discurso de ódio no âmbito histórico-literário mundial, por estar calcado no vetusto preconceito racial germânico de que os judeus são essencialmente maus e inferiores aos arianos.

Ao tecer suas considerações a respeito da influência do judaísmo no desenvolvimento das relações de poder e de comércio na Alemanha no período entre guerras, Hitler vale-se de valores e crenças resultantes do histórico social, cultural e mitológico, acerca do qual jamais veio a se desvincular.

Com isso, passa-se a transcrever alguns das contundentes críticas aos judeus perpetradas por Adolf Hitler ao longo de *Mein Kampf*:

Se os judeus fossem os habitantes exclusivos do Mundo não só morreriam sufocados em sujeira e porcaria como tentariam vencer-se e exterminar-se mutuamente, contanto que a indiscutível falta de espírito de sacrificio, expresso na sua covardia, fizesse, aqui também, da luta uma comédia.¹¹⁸

Por isso também é que o povo judeu, apesar de suas aparentes aptidões intelectuais, permanece sem nenhuma cultura verdadeira e, sobretudo, sem cultura própria. O que ele hoje apresenta, como pseudo-civilização, é o patrimônio de outros povos, já corrompidos nas suas mãos. [...] O fato dele continuar a se espalhar pelo mundo é um fenômeno próprio a todo parasita; este anda sempre à procura de novos terrenos para fazer prosperar sua raça.¹¹⁹

¹¹⁶ Tradução livre: A regulação do discurso do ódio é em grande parte um fenômeno pós Segunda Guerra Mundial. Promovidos pelos óbvios vínculos entre a propaganda racista e o Holocausto, vários pactos internacionais, bem como países individuais como a Alemanha, e mesmo na década imediatamente seguinte à guerra, os Estados Unidos excluíram o discurso de ódio do âmbito da expressão protegida constitucionalmente. Vista da perspectiva particular de uma rejeição da experiência nazista e de uma tentativa de impedir seu ressurgimento, a supressão do discurso do ódio parece óbvia e louvável. ROSENFELD, Michel, **Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis** (April 2001). Cardozo Law School, Public Law Research Paper No. 41. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=265939> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.265939>. Acesso em 01/05/2017.

¹¹⁷ CASTRO, Matheus Felipe de. FREITAS, Riva Sobrado de. Op. cit. p. 26.

¹¹⁸ HITLER, op. cit. p. 162.

¹¹⁹ Ibid. op. cit. p. 163.

Na vida do judeu, incorporado como parasita no meio de outras nações e de outros Estados, existe um traço característico, no qual Schopenhauer se inspirou para declarar, como já mencionamos: "O judeu é o grande mestre na mentira". A vida impele o judeu para a mentira, para a mentira incessante, da mesma maneira que obriga o homem do norte a vestir roupa quente.¹²⁰

O judeuzinho de cabelos negros espreita, horas e horas, com um prazer satânico, a menina inocente que ele macula com o seu sangue, roubando-a ao seu povo. Não há meios que ele não empregue para estragar os fundamentos raciais do povo que ele se propõe vencer. Do mesmo modo que, segundo um plano traçado, vai corrompendo mulheres e mocinhas, também não recua diante do rompimento de barreiras impostas pelo sangue, empreendendo essa obra em grande escala, no país estrangeiro. Foram e continuam a ser ainda judeus os que trouxeram os negros até o Reno, sempre com os mesmos intuítos secretos e fins evidentes, a saber: "bastardizar".¹²¹

De forma declarada, Hitler cuida de expor os judeus, ora preferindo utilizar a designação de 3ª pessoa do singular (ele), ora utilizando, de modo pejorativo, o diminutivo "judeuzinho de cabelos pretos", no intuito de afirmar que um povo de raça pura, "consciente de seu sangue", nunca poderá ser subjugado por outra raça.

Em consequência, afirma-se, portanto, que a livre veiculação de *Mein Kampf* implicaria na permissão à propagação do chamado discurso de ódio, o que estaria na contramão da tolerância e do respeito à alteridade e à personalidade dos ofendidos pelo regime nazista, tal como ressaltou o magistrado da 33ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro:

Neste particular, não se pode olvidar, o que é fato notório e, portanto, independe de produção de prova específica sobre a existência do fato, que o líder nazista, autor da obra intitulada "Minha Luta", pregava e incitava a prática do ódio contra judeus, negros, homossexuais, ciganos etc.¹²²

Acerca de tais pontos, os advogados Ary Bergher, Flavio Zveiter e Carlos Roberto Schlesinger, que apresentaram notícia-crime acerca da venda dos exemplares de *Mein Kampf*, na condição de colonistas do sítio eletrônico *Consultor Jurídico*, sustentam que:

A proibição de veiculação deste nefando texto é, portanto, legal, jurídica e imperiosa do ponto de vista moral, não se confundindo com cerceamento de liberdade de expressão, senão como profilaxia pontual da veiculação de ideias perversas que dizimaram a humanidade, em verdadeira crônica de morte anunciada. *Mein Kampf* não é um livro: é um manual de extermínio em massa, de empáfia racista e excludente e propagador deste desvio. Pertencerá aos museus de horrores e emboloradas prateleiras virtuais ou não, nas quais deve ser confinado, quanto mais não seja por amor ao próximo.¹²³

¹²⁰ Ibid. op. cit. p. 163.

¹²¹ Ibid. op. cit. p. 178.

¹²² BRASIL, 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. TJRJ. **Medida Cautelar Inibitória n. 0030603-92.2016.8.19.0001**. Juiz Alberto Salomão Júnior. Publicação Diário da Justiça em 02/02/2016. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2016.001.024910-6>. Acesso em 24/03/2017.

¹²³ BERGHER, Ary. ZVEITER, Flavio. SCHLESINGER, Carlos Roberto. **Proibição do livro de Adolf Hitler não se confunde com censura**. Consultor Jurídico. 2016. <http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/proibicao-livro-adolf-hitler-nao-confunde-censura>. Acesso em 02/06/2017.

Ademais, com supedâneo no já referido caso Ellwanger, pode-se vislumbrar que a posição da mais alta Corte brasileira é no sentido de que a liberdade de expressão não é absoluta, e não se constitui um direito fundamental de hierarquia maior, haja vista que tal liberdade deve, necessariamente, guardar relação de compatibilidade com outros direitos de igual relevância, em atenção e cumprimento ao ordenamento constitucional vigente.

A esse respeito, inclusive, aduziu o Ministro Gilmar Mendes quando da prolação de seu voto referente ao já mencionado caso Ellwanger que “a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria ideia de igualdade”, complementando que “não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana”¹²⁴.

De igual modo, no que diz respeito ao discurso odioso, entende Lord Bhikhu Parekh que a liberdade de expressão pode ser restringida quando esta estiver em nítido confronto com outro direito de igual relevância, conforme se vê:

Because hate speech is unacceptable for these and related reasons, it has no place in a decent society and deserves to be discouraged. The difficult question is whether it should not merely be discouraged by moral and social pressure but also prohibited by law. Although law must be our last resort, its intervention in the print media or the internet cannot be ruled out for several important reasons. First assuming meaningful levels of enforcement and compliance, prohibition would reduce or eliminate speech that causes very real harm to the targets of such speech.¹²⁵

Daí porque o Supremo Tribunal Federal, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, firmou posicionamento no sentido da ilegitimidade constitucional do discurso do ódio e da incitação à violência, preconceito e discriminação, considerando que a liberdade de expressão não contempla “manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”, desde que devidamente configuradas.¹²⁶

Na mesma toada, ao questionar as razões da proteção às minorias e o princípio constitucional de combate à discriminação, ensina Miguel Reale Jr.:

Por que tornar imprescritível o crime de racismo e não atribuir essa condição aos crimes de tortura e terrorismo? A razão não é outra senão a necessidade de que fatos de discriminação não devam ser apagados da memória, tornando-se sempre presente

¹²⁴ Voto do Ministro Gilmar Mendes disponível em: http://www.conjur.com.br/2003-jul-07/nao_negar_carater_racista_anti-semitismo. Acesso em 11/04/2017.

¹²⁵ Tradução livre: Porque o discurso do ódio é inaceitável por estas e outras razões relacionadas, não tem lugar em uma sociedade decente e merece ser desencorajado. A questão difícil é saber se não deve ser apenas desencorajado pela pressão moral e social, mas também proibido por força de lei. Embora a lei seja nosso último recurso, sua intervenção na mídia impressa ou internet não pode ser descartada por várias razões importantes. Primeiro assumindo significado, níveis de execução e cumprimento, a proibição reduziria ou eliminaria o que causaria danos reais aos alvos de tal discurso. PAREKH, L.B. **Limits of Free Speech**. Philosophia: 2017.

¹²⁶ SARLET, Ingo, MARINONI, Luis Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 4ª edição. Saraiva, 7/2015.

a punição, como exemplo de longa duração. Assim, em qualquer momento há uma imperiosidade social a justificar a sua punição, mesmo quando as finalidades da pena (retribuição, intimidação, reforço da validade da norma, correção do condenado) não mais justificarem a execução da pena, em razão do tempo transcorrido. Desse modo, mesmo diante da importância do direito fundamental da liberdade de expressão, considera-se que este encontra um limite na proibição de sua utilização para propósitos de ódio racial.¹²⁷

De igual modo, com relação ao conteúdo racista disposto na obra de Adolf Hitler, conclui Norberto Bobbio que:

Não há necessidade de ler o Mein Kampf de Hitler para encontrar frases em que se afirma peremptoriamente que as raças superiores devem dominar as inferiores, porque já no tempo do colonialismo triunfante havia quem dizia, como o historiador e filósofo Ernest Renan, que a conquista de um país de raça inferior por parte de uma raça superior não tem nada de inconveniente. Mas foi apenas com o advento ao poder de Hitler que se formou pela primeira vez na história da Europa civilizada ‘um Estado racial’: um Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores fisicamente ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais autossuficientes.¹²⁸

Portanto, conforme posicionamento magistrado da 33ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, a edição e publicação de obra literária que veicula ideia de cunho antissemita, ao se consubstanciar na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu proferida por Adolf Hitler, acaba por se ver desprotegida das garantias de liberdade de expressão e de informação, uma vez 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”.¹²⁹

Donde se conclui, segundo Miguel Reale Jr., que não se trata de mera proibição; antes, pelo contrário, está-se diante de uma questão de “valores fundamentais que foram conquistados na nossa civilização e que acabaram destroçados pelo nazismo”, constituindo-se, em verdade, uma “questão de legítima defesa a proteção de valores fundamentais da pessoa humana”.¹³⁰

¹²⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Limites à liberdade de expressão**. Joaçaba: Espaço Jurídico. 2010. p. 374. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1954/1022>.

¹²⁸ Ibid, op. cit. p. 129.

¹²⁹ BRASIL, 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. TJRJ. **Medida Cautelar Inibitória n. 0030603-92.2016.8.19.0001**. Juiz Alberto Salomão Júnior. Publicação Diário da Justiça em 02/02/2016. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2016.001.024910-6>. Acesso em 24/03/2017.

¹³⁰ BIANCO, Nathalia. **O livro de Hitler deve ser proibido?** (Entrevista Miguel Reale Jr). Época. Disponível em: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/02/o-livro-de-hitler-deve-ser-proibido-sim.html>. Acesso em 30/03/2017.

4. RAZÕES DE CIRCULAÇÃO DE *MEIN KAMPF* À LUZ DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Após elucidar a decisão objeto de estudo na presente monografia, bem como delinear as razões invocadas por aqueles que entendem que “Minha Luta” não reúne as condições necessárias à livre circulação; cumpre, agora, *a contrario sensu*, discorrer acerca das razões pelas quais a “bíblia do nazismo” pode/deve circular, a fim de que sejam amplamente conhecidos os entrementes de um dos episódios mais sombrios do século XX.

Desde já, é imperioso ressaltar que “Minha Luta” diferencia-se de qualquer outra obra histórico-literária já produzida a respeito do nazismo e do período entre guerras, isso porque a obra ora em discussão fora cunhada a partir do ponto de vista da personalidade central no desencadeamento da Segunda Guerra Mundial, a saber, Adolf Hitler.

A despeito das centenas de obras históricas de relevante contribuição para a compreensão dos horrores do nazismo, nenhuma delas atinge a própria subjetividade de Adolf Hitler tão bem quanto aquela escrita por suas próprias mãos, contando sua história, origens, crenças, convicção e a cosmovisão nazi, o que reveste a obra de relevante valor histórico-literário.

Para Moniz Bandeira, a autobiografia de Hitler é um documento histórico incapaz de incitar racismo no Brasil de hoje, uma vez que a leitura de tal obra permite conhecer “diretamente o que o inimigo pensava”, de modo que “a proibição do ‘Minha Luta’ abriria as portas para a proibição de outras obras e, assim, o Brasil cada vez mais se acercaria do totalitarismo”.¹³¹

Outrossim, na opinião de Néelson Jahr Garcia, *Mein Kampf* foi “a melhor obra já escrita contra o nazismo”, uma vez que “já se escreveram livros, artigos, crônicas; fizeram-se filmes e peças de teatro; por mais que demonstrassem o totalitarismo, a crueldade e a desfaçatez daquele regime, nada conseguiu superar o original”, arrematando que se deve “ler, analisar, discutir e produzir vacinas, pois quanto mais se conhecer, maior se tornará o repúdio e aversão”.¹³²

Com efeito, abordar-se-á, no presente capítulo, o entendimento doutrinário pátrio e alienígena no que toca aos *hard cases* envolvendo liberdade de expressão e discurso de ódio, os quais sugerem que “Minha Luta”, malgrado o conteúdo polêmico e subversivo já apontado,

¹³¹ Disponível em: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/02/o-livro-de-hitler-deve-ser-proibido-nao.html>. Acesso em: 12/04/2017.

¹³² Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/02/1737225-e-preciso-conhecer-a-ideia-de-hitler-na-fonte-para-combate-la.shtml>. Acesso em: 11/04/2017.

preenche as condições mínimas para circular, com embasamento no direito de acesso à informação e na livre expressão, calcando-se no valor histórico-bibliográfico da obra. Em um Estado Democrático de Direito, por mais desagradável que fatos históricos possam ser, permanece fora das atribuições do Estado legislar ou judicializar a história, conforme se passa a ver.

4.1 Da liberdade em sentido amplo à liberdade de expressão e informação

Primeiramente, pontua-se que os fundamentos da liberdade em sentido amplo não são oriundos de um único momento ou movimento social pelo qual a humanidade atravessara; pelo contrário, a história humana, em todos os seus detalhes, regressos e avanços, consolidou a liberdade como uma direito assaz relevante, ao longo da história.

É de se lembrar a lição de Friedrich Engels, segundo a qual a liberdade é o “domínio de nós próprios e da natureza exterior”, baseado na consciência das necessidades naturais, “como tal é, forçosamente, um produto da evolução histórica”, tendo em vista que os primeiros homens “que se levantaram do reino animal eram, em todos os pontos essenciais de suas vidas, tão pouco livres quanto os próprios animais”, concluindo que “cada passo dado no caminho da cultura é um passo no caminho da liberdade.”¹³³

Segundo Morange, é possível apontar que as origens da liberdade são encontradas também nos fundamentos do Cristianismo, segundo o qual o homem ultrapassa a condição de mero animal, vez que dotado de dignidade. Nesse aspecto, a humanidade deve ser considerada “por cada componente, isto é, individualmente, isso porque cabe a cada indivíduo zelar por suas atitudes e boas obras e bons pensamentos, uma vez que muito em breve ela será julgada por todas as – boas ou más – escolhas que realizara”¹³⁴, de modo que as escolhas fundamentais feitas por cada indivíduo devem ser respeitadas pelo ente estatal.¹³⁵

Veja-se, com efeito, que, de acordo com Benjamim Constant, há notável divergência no conceito de liberdade adotado na Grécia antiga e as liberdades concebidas no período moderno.

¹³³ ENGELS, Friedrich. **Anti-Düring**, São Paulo: Paz e Terra, 1976.

¹³⁴ A esse respeito, o Apóstolo Paulo escreveu em uma de suas epístolas à comunidade da Galácia: “Não se deixem enganar: de Deus não se zomba. Pois o que o homem semear, isso também colherá”, conforme se vê em Gálatas 6:6-7. No mesmo norte, a recomendação dada àquela comunidade messiânica convida a todos a experimentarem da libertação que a fé no Messias proporcionaria, quando o mesmo Apóstolo bradou: “Foi para a liberdade que Cristo nos libertou. Portanto, permaneçam firmes e não se deixem submeter novamente a um jugo de escravidão”. Gálatas 5:1. STERN. David. **Bíblia Judaica Completa**. 1ª ed. São Paulo: Editora Vida, 2013.

¹³⁵ MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Trad. Eveline Bouteiller. Barueri: Manole, 2004. p. 29.

Isso porque para os gregos antigos, a liberdade se confundia com “o pleno exercício da soberania de modo coletivo e direto”, isto é, o direito de deliberar em praça pública sobre guerra ou paz ou sobre as decisões que impactariam a *polis*.¹³⁶

Somado à teologia cristã e à liberdade grega, por seu turno, o contratualismo filosófico do século XVIII contribuiu de modo significativo para a afirmação histórica, política e jurídica da liberdade individual como direito inerente à condição humana. Porquanto, as ideias iluministas exerceram forte influência nas declarações de direitos advindas das Revoluções Burguesas, dando cabo ao período absolutista e reconhecendo, de uma vez por todas, a liberdade como direito humano fundamental.

Ainda no seio do ideário iluminista, o filósofo Immanuel Kant pugnava que a liberdade “constitui o maior direito do ser humano, sendo, de fato, o único direito inato à condição humana”, o qual se dá “mediante a capacidade de agir e se determinar a partir da razão”, possibilitando ao homem fazer suas próprias escolhas, com fulcro em seu arbítrio, conciliando-se com a liberdade de cada indivíduo.¹³⁷

Numa perspectiva semelhante, segundo Montesquieu, a liberdade não consiste em fazer o que se quer de modo irrestrito; antes, numa sociedade submetida ao império das leis, “a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e a não ser constrangido a fazer o que não se quer”, de maneira tal que a liberdade pode ser entendida, portanto, como o direito de fazer tudo o que as leis permitem ou não proíbem.¹³⁸

Como resultado, ainda no período iluminista, bradou-se na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) de 1789, em seu artigo 4º e 5º, o seguinte conceito de liberdade:

[...] Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.
Art. 5.º A lei proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.¹³⁹

¹³⁶ CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Revista filosofia política, nº. 2. Porto Alegre: UFRGS/L&PM, 1985, p. 10 e 11.

¹³⁷ KANT. op. cit. p 77.

¹³⁸ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis** - 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28.

¹³⁹ No original: Art. 4. La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Art. 5. La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acesso em 21/04/2017.

Com efeito, na concepção moderna, “o indivíduo exerce tal liberdade na medida em que se torna independente em sua vida privada, de modo que a autoridade e soberania do Estado estejam limitadas”, leciona Benjamim Constant.¹⁴⁰

Após o Iluminismo, alguns pensadores empregavam esforços para construir maiores elucidações a respeito da liberdade e suas decorrências, dentre eles se destaca o utilitarista britânico John Stuart Mill, o qual aponta que “o homem é o ser mais elevado na terra e deveria dirigir sua vida de maneira digna de sua posição”, de modo que a liberdade humana proporciona “uma produção de felicidade, isto é, de autorrealização”.¹⁴¹

Oportuno, sustentar, segundo Renato Alessi, que a liberdade nas democracias modernas assume papel de indelével importância, a qual deve, inclusive, nortear a maneira como se estrutura o ordenamento jurídico, mormente pelo seu caráter metajurídico.¹⁴²

No que toca à liberdade no sentido jurídico, valendo-se do legado de Hans Kelsen, ensina João dos Passos Martins Neto:

A liberdade, portanto, em sentido jurídico, apresenta-se inicialmente como uma autorização para agir conforme se queira em razão da inexistência de impedimentos de caráter normativo que imponham uma ação ou uma omissão de conteúdo diverso, como são as proibições e os mandamentos. A teoria jurídica de Kelsen parece concluir nessa direção. Segundo Kelsen, dizer que uma conduta está permitida ou autorizada “significa que esta conduta não é proibida nem imposta”, ou mais precisamente, “que não vale nenhuma norma que impõe ou proíbe essa conduta”, e “nessas hipóteses, diz-se também que é conduta livre”. A liberdade, assim entendida, é deduzida negativamente. Há liberdade aonde não houver obrigação de conduta.¹⁴³

Por isso, no sentido jurídico – e até metajurídico, segundo Alessi - a liberdade deve ser entendida como uma autorização para agir conforme se queira em razão da inexistência de impedimentos de caráter normativo que imponham ao indivíduo ou à coletividade determinadas ações ou abstenções, de tal sorte que a liberdade resta plena quando não existir norma em sentido diverso.

É de se diferenciar, ainda, as chamadas liberdades positivas e negativas, as quais, segundo Isaiah Berlin, podem ser entendidas como duas dimensões distintas de incidência da liberdade: de um lado a liberdade negativa, a qual faz oposição a qualquer tipo de ingerência autoritária ilegítima (*freedom of*); por outro lado, a liberdade positiva, (*freedom to*), a qual diz

¹⁴⁰ CONSTANT. op. cit. p. 11.

¹⁴¹ MILL, John Stuart. **On Liberty**. Tradução de Denise Bottmann Vol. 43. São Paulo: Coleção L&PM Pocket, 2011. p. 51.

¹⁴² ALLESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, v. II, p. 587.

¹⁴³ MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. 1. Ed, Florianópolis: Insular, 2008. p. 25-26.

respeito à presença de condições para que os indivíduos ajam de modo a atingir seus objetivos.¹⁴⁴

Em complemento a Isaiah Berlin, José Afonso da Silva ensina que a liberdade é entendida “não somente como forma legítima de resistência à opressão ilegítima do poder estatal”, mas também no “sentido de que livre é aquele que pode, efetivamente, participar do poder”, de modo que ambos os sentidos – negativo e positivo - se opõem ao autoritarismo e à deformação da autoridade representativa do interesse do Estado.¹⁴⁵

Tem-se, diante disso, que a liberdade consiste, na visão de Manuel Garcia Pelayo, num processo dinâmico de “liberação do homem de vários obstáculos que se antepõem à realização de sua personalidade – quer sejam naturais, econômicos, sociais e políticos”. Desde a concepção moderna de Estado, é possível afirmar que cabe a este “promover a liberação do homem de todos os aludidos obstáculos, a fim de promover sua ampla e irrestrita emancipação”.¹⁴⁶

Por tais razão, conforme José Afonso da Silva, é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão, sendo “nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal”, na medida que “quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista, conseqüentemente”.¹⁴⁷

No tocante ao sentimento de autorrealização, não destoam o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado Democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas – inclusive por meio de medida que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades.¹⁴⁸

Em decorrência, pode-se arrematar que “a efetividade das tais liberdades, em verdade, presta serviço marcante e fundamental ao regime democrático”, uma vez que “viabiliza a

¹⁴⁴ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução de Wumberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora da UNB, 1981. p. 136.

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **A liberdade no mundo contemporâneo**. Academia Brasileira de Direito Constitucional. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 99-111.

¹⁴⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. 4. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1967.

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 237.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 263.

participação mais intensa de toda a comunidade nas decisões políticas mais fundamentais à determinada comunidade”.¹⁴⁹

Daí porque a liberdade “não é exceção, mas sim a regra geral, o princípio absoluto; a proibição, por outro lado, deve ser tida por exceção”, desde que expressamente pronunciada por lei, de modo claro e preciso. No caso de dúvida, ensina Pimenta Bueno que deve prevalecer a liberdade, “porque é o direito que não se restringe por suposições ou arbítrio, que vigora, porque *faculta ejus, quod facere licet, nisi quid jure prohibet*” (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei).¹⁵⁰

No entanto, a liberdade, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, pode, por vezes, assumir diferentes formas e conteúdos, sem divorciar-se de sua finalidade precípua, consoante se vê:

A liberdade permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente. Com essa qualidade, ela integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica. A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais (*Kommunikationsgrundrechte*) que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação académica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede. As liberdades comunicativas encontram-se ainda associadas a outras liberdades, como a liberdade de profissão, a livre iniciativa económica, de prestação de serviços e o direito de propriedade.¹⁵¹

Na esteira da lição de Canotilho, constata-se que tal liberdade em sentido amplo pode ser subdividida em outras formas de liberdade, dentre elas: a liberdade da pessoa física (liberdade de locomoção); liberdade de expressão coletiva (reunião e associação); liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão); liberdade de conteúdo económico e social (liberdade económica, livre iniciativa, liberdade de comércio e etc); e, por fim, a liberdade de expressão e de acesso à informação (opinião, religião, informação, artística e comunicação do conhecimento), acerca das quais se passa a examinar em específico.

¹⁴⁹ Ibid. op. cit. p.264.

¹⁵⁰ Tal brocardo pode ser entendido como a máxima: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei’. PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro, Tipografia de J. Villeneuve, 1857. p. 382.

¹⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas**. In: JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. **Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 132.

4.1.1 Liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro

Antes de retornar ao caso *Mein Kampf*, tem-se por oportuno explicar acerca da liberdade de expressão como direito fundamental, consagrado na Constituição de 1988, bem como seus aspectos doutrinários e jurisprudenciais relativos às possíveis limitações.

Conforme lição de João dos Passos Martins Neto, nas democracias constitucionais, a liberdade conferida ao particular não pode ser deixada inteiramente à disposição do legislador ordinário ou na dependência da ausência de regulação, haja vista que “a mera exigência de lei, em desacordo com as diretrizes constitucionais, como condição para limitar a conduta, é a fórmula de um governo absoluto”.¹⁵²

Por isso, o constitucionalismo moderno, no intento de evitar a atividade legislativa despótica, mediante afirmação no texto constitucional, o qual possui, por natureza, validade jurídica superior à norma infraconstitucional, elegeu determinadas garantias como intrínsecas e indissociáveis ao pleno funcionamento da democracia, conferindo a estas o *status* de direito fundamental e cláusula pétrea, tal como ocorre na experiência brasileira.¹⁵³

Historicamente, em se tratando da liberdade garantida nas constituições brasileiras de 1824 e de 1891, aduz Ingo Wolfgang Sarlet:

É preciso registrar que tais liberdades se fazem presentes na trajetória constitucional brasileira desde a Carta Imperial de 1824. Com efeito, de acordo com o art. 179, IV, daquela Constituição, “todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar”. Na Constituição de 1891, art. 72, § 12, constava que “em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato”. O texto da Constituição de 1934, todavia, foi mais detalhado, como se percebe da redação do art. 113, n. 9: “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.”¹⁵⁴

¹⁵² MARTINS, op. cit. p.26.

¹⁵³ Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 06/04/2017.

¹⁵⁴ SARLET *et al.* op. cit. p. 483.

Por seu turno, Getúlio Vargas, na chamada ditadura do Estado Novo, na Constituição de 1937, numa perspectiva menos liberal, estabeleceu limitações à liberdade de expressão, como se percebe da redação do artigo 122, n. 15 e alíneas a, b e c, *in verbis*:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. (Vide Decreto nº 10.358, de 1942) A lei pode prescrever:

- a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;
- b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;
- c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.¹⁵⁵

Após a derrocada do primeiro período Vargas, a Constituição de 1946, no seu artigo 141, § 5º, estabelecia que:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. **Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.** (grifou-se).¹⁵⁶

No período de ditadura militar, a Emenda Constitucional 1/1969, no artigo 153, § 8º, dispôs:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.¹⁵⁷

¹⁵⁵ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 21/04/2017.

¹⁵⁶ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 28/05/2017.

¹⁵⁷ BRASIL. **Emenda Constitucional 1/69**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 23/04/2017.

Donde se permite concluir que as cartas constitucionais brasileiras, de modo majoritário, reconheceram, amplamente, a importância da liberdade de expressão e seus corolários, julgando por bem conferir a estas nítida e marcante proteção.

Por último, dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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;

VI - 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; [...]

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; [...]

XIV- é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]

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;

§1º: Nenhuma lei conterá 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.

§2º: É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

[...]

§ 6º: A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.¹⁵⁸

Frisa-se, ademais, que a disposição constitucional brasileira, na Carta Política de 1988, guarda consonância com os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.

Nesse aspecto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, dispõe:

Artigo 19 Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.¹⁵⁹

Outrossim, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), firmam compromisso entre

¹⁵⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 06/04/2017.

¹⁵⁹ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em 21/04/2017.

os estados com o fim de garantir a mais ampla liberdade de expressão, consoante se vê, respectivamente:

Artigo 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. (...) 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. (...) 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.¹⁶⁰

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. **Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.** 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência¹⁶¹ (grifou-se).

Por isso, tais exemplos não esgotam o elenco de disposições normativas relacionadas com a liberdade de expressão, as quais apontam para o inequívoco lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro.

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que a liberdade de expressão consiste na ampla garantia de liberdade de “expressar opiniões, ideias e juízos de valor a respeito de fatos, incluindo sobre opiniões de terceiros”, devendo o seu conceito, da perspectiva constitucional, ser “compreendido em sentido amplo, de forma inclusiva”, e não de forma restritiva.¹⁶²

Daí que a liberdade de expressão, enquanto modo de manifestação do pensamento, constitui um dos direitos fundamentais mais preciosos e, nas palavras de Sarlet, “corresponde

¹⁶⁰ Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 21/04/2017

¹⁶¹ OEA. **Pacto de San José da Costa Rica**. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 21/04/2017.

¹⁶² SARLET. op. cit. 486.

a uma das mais antigas exigências humanas, de tal sorte que integram os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno”.¹⁶³

Isso porque a liberdade de expressão encontra supedâneo na dignidade da pessoa humana, isto é, naquilo que diz respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, de modo que guarda relação com as condições e garantias da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, valendo-se da analogia utilizada por John Stuart Mill.¹⁶⁴

Nessa toada, inclusive, destaca-se o voto do Ministro Marco Aurélio no que toca à importância conferida ao direito fundamental da liberdade de expressão, a exemplo da Suprema Corte Norte Americana, nos termos do trecho que se transcreve:

No sistema de liberdades públicas constitucional, a liberdade de expressão possui espaço singular. Tem como único paralelo em escala de importância o princípio da dignidade da pessoa humana. Na linguagem da Suprema Corte dos Estados Unidos, se “existe uma estrela fixa em nossa constelação constitucional, é que nenhuma autoridade, do patamar que seja, pode determinar o que é ortodoxo em política, religião ou em outras matérias opináveis, nem pode forçar os cidadãos a confessar, de palavra ou de fato, a sua fé nelas” – este trecho foi formalizado no caso *West Virginia Board of Education v. Barnette*. O Tribunal norte-americano assentou, no precedente referido, não haver circunstância que permita excepcionar o direito à liberdade de expressão. Isso porque, acrescento, tal direito é alicerce, a um só tempo, do sistema de direitos fundamentais e do princípio democrático – genuíno pilar do Estado Democrático de Direito. (...) **Concluo que a liberdade de expressão não pode ser tida apenas como um direito a falar aquilo que as pessoas querem ouvir, ou ao menos aquilo que lhes é indiferente. Definitivamente, não. Liberdade de expressão existe precisamente para proteger as manifestações que incomodam os agentes públicos e privados, que são capazes de gerar reflexões e modificar opiniões. Impedir o livre trânsito de ideias é, portanto, ir de encontro ao conteúdo básico da liberdade de expressão.**¹⁶⁵ (grifou-se).

Nesse tocante, brada Jónatas Machado que o direito à liberdade de expressão figura como parte essencial daquilo que se tem buscado como símbolo da “humanidade plena”, por ser a “guardiã da efetividade dos outros direitos fundamentais”, necessitando, primeiramente, entretanto, “ter garantida sua própria eficácia”.¹⁶⁶

Dentre os objetivos imediatos da liberdade de expressão, segundo Jónatas Machado, estão a procura da verdade, o mercado livre das ideias, a autodeterminação democrática, “o controle da atividade governativa e do exercício do poder, a esfera do discurso público e da

¹⁶³ Ibid. op. cit. 487.

¹⁶⁴ Ibid. op. cit. 487.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF**. Voto Ministro Marco Aurélio. 2011. p. 163. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=187&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 28/05/2017.

¹⁶⁶ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**, *Boletim da Faculdade de Direito*. Studia Iuridica 65. Coimbra Editora, 2002, p. 237-291

opinião pública, a garantia da diversidade de opiniões, a acomodação de interesses e transformação pacífica da sociedade, a promoção e expressão da autonomia individual, concepção multidimensional e multissistêmica das liberdades de comunicação”.¹⁶⁷

Destaca-se, em igual sentido, o voto da Ministra Carmem Lúcia, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815 – melhor examinada alhures - valendo-se da mensagem bíblica a respeito do Verbo que se fez carne, referindo-se ao efeito concreto da expressão no mundo hodierno:

O direito à liberdade de expressão – transcendendo o cogitar solitário e mudo e permitindo a exposição do pensamento - permeia a história da humanidade, pela circunstância mesma de ser a comunicação própria das relações entre as pessoas e por ela não apenas se diz do bem, mas também se critica, se denuncia, se conta e reconta o que há de vida e da vida, da própria pessoa e do outro, fazendo-se a arte exprimindo-se o humano do bem e do mau, da sombra e do claro. E forma-se pela expressão do que é, do que se pensa ser, do que se quer seja, do que foi e do que se pensa possa ser a história humana transmitida. Afinal, no princípio é o Verbo. Encarna-se a vida no Verbo. E o verbo faz-se carne e torna-se vida. O ser faz-se verbo.¹⁶⁸

De modo consequente, a liberdade de expressão assume, inclusive, a qualidade de um direito político com dimensão nitidamente transindividual¹⁶⁹, uma vez que seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social, produzindo seus efeitos na concretude da vida real.

Aos titulares de tal garantia, pode-se afirmar, conforme João dos Passos Martins Neto, que a liberdade de expressão relaciona-se com o direito de comunicar-se, ou de participar de relações comunicativas, quer como portador da mensagem (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador).¹⁷⁰

Além do que, cumpre enfatizar a lição de Frank Michelman segundo o qual a relação entre democracia e liberdade de expressão se consubstancia em um “recíproco condicionamento” e assume um caráter “complementar, dialético e dinâmico, de modo que mais democracia significa mais liberdade de expressão e vice-versa - mais liberdade de expressão indica mais democracia”.¹⁷¹

Consequentemente, a construção de um governo de soberania popular só se faz realizável por meio da afirmação do direito de falar e de ouvir livremente, sem embaraços ou

¹⁶⁷ Ibid. op. cit. p. 245.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815**. Rel. Min. Carmem Lúcia. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em 28/05/2017.

¹⁶⁹ SARLET. **Liberdade de expressão e biografias não autorizadas — notas sobre a ADI 4.815**. Consultor Jurídico: São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas>. Acesso em 23/04/2017.

¹⁷⁰ MARTINS NETO. op. cit. p. 27.

¹⁷¹ MICHELMAN, Frank. **Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação, p. 49

predisposições estatais, de maneira que a liberdade de expressão “não é um elemento circunstancial da democracia, mas é a sua própria essência”, afirma João dos Passos Martins Neto.¹⁷²

A questão crucial, entretanto, ao tornar ao caso em estudo, diz respeito aos pontos controversos da decisão judicial que proibiu a divulgação e circulação de “Minha Luta”, de Adolf Hitler, por seu conteúdo e por razões históricas, conforme despendidas no capítulo anterior.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 repudia a censura, proclamando ilegítima a proibição de divulgação de conteúdos opinativos ou meramente informativos mediante prévia autorização estatal; muito embora circunstâncias há em que o comportamento expressivo não esteja acobertado pela liberdade de expressão, precipuamente quando houver flagrante violação de direito de outrem.

O tema controverso, contudo, repousa na possibilidade de se obstar, de modo preventivo, a expressão histórico-literária de livro tido por hostil aos valores insculpidos na ordem constitucional vigente, dentre eles o combate ao racismo e à dignidade da pessoa humana.

Mister recordar que a garantia da liberdade de expressão, em verdade, tutela toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo “tema de interesse público ou não, de importância ou de valor ou não – até porque diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista”, brada Ulrich Karpen.¹⁷³

Vê-se, portanto, que, a despeito do alto valor conferido à liberdade de expressão no texto constitucional brasileiro, o Poder Judiciário fluminense, ao proibir a circulação da autobiografia de Adolf Hitler, decidiu que a obra não está a tutelar o direito à informação, razão pela qual a liberdade de expressão não deveria sobressair-se *in casu*, não tecendo, entretanto, maiores elucidacões acerca de tal afirmação.

Destaca-se, de antemão, que a proibição prévia, no caso em análise, deu-se em medida cautelar deferida por magistrado singular, em seis laudas, com o fim de obstar o acesso à obra de tão elevado valor histórico-literário, sustentando inexistir carga informativa na obra, de modo a, uma vez mais, despertar o debate acerca dos limites à liberdade de expressão – enquanto liberdade de publicar - e do acesso à informação em se tratando de obras literárias.

¹⁷² MARTINS NETO. *op.cit.* p. 49-50.

¹⁷³ KARPEN, Ulrich. **Freedom of expression**. In: *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988. p.93.

Do ponto de vista normativo, a liberdade de expressão deve ser considerada regra, não como exceção, conforme há muito ensina Pimenta Bueno, interpretando a vetusta “Constituição Política do Império do Brasil (sic)”, de 1824, ao afirmar:

Como expresso formalmente em nossa tese constitucional, a liberdade não é, pois, uma exceção, e sim a regra geral, o princípio absoluto, o direito positivo. A proibição, a restrição, isto sim é que são as exceções, e que por isso mesmo precisam ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por odo duvidoso, sim formal, positivo. Tudo o mais é sofisma.¹⁷⁴

Por essas e outras, dentre os que advogam que, em casos de tal natureza, a liberdade de expressão deve sobressair, destaca-se ensinamento de Max Paskin Neto, segundo o qual, para evitar um futuro unicolor, até mesmo em favor daqueles de “gostos duvidosos e bocas grandes, com opiniões desagradáveis, os defensores da democracia e da liberdade de expressão deveriam correr”, arrematando que:

Por mais desagradável ou de mau gosto que possa ser uma frase, uma colocação ou uma ideia; por mais ácida que seja uma crítica e por mais difícil que seja ouvi-la, uma coisa é certa: um sistema que sustenta este grau de liberdade de expressão resguarda tudo que há entre o ponto de partida e este extremo. Simplesmente, quem protege o mais protege o menos. Verdade e mentira, certo e errado, são todos conceitos relativos cujos sentidos são recheados pela sensação do orador e do ouvinte. Por isso, não pode haver um arbítrio único exercendo a função de censor. Tem que haver espaço para o diálogo e para as opiniões divergentes vindas de todos os lados.¹⁷⁵

Outrossim, ressalta-se a lição de Sarmento, ao sustentar que se deve ter cautela ao extremo ao cercar determinadas expressões do pensamento, sob pena de, assim não o fazendo, dar ensejo a uma ditadora da maioria sobre minorias, uma vez que a liberdade de expressão não se presta somente a proteger ideais compartilhados pela maioria, mas também aquelas ideias tidas por asquerosas e chocantes, consoante conclui Sarmento:

É preciso evitar a todo custo que este direito fundamental tão importante para a vitalidade da democracia e para a autorrealização individual torne-se refém das doutrinas morais majoritárias e das concepções sobre o “politicamente correto”, vigentes em cada momento histórico. A liberdade de expressão não existe só para proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também aquelas que chocam e agridem.¹⁷⁶

Nesse aspecto, a fim de buscar ouvir a voz dissidente e o pleito das minorias, ainda que movidas por paixões inconsistentes, tem-se que a liberdade de expressão deve acobertar as mais diversas - e até mesmo as mais irreverentes - pautas e conteúdos, vez que não cabe ao Estado *a priori* estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; antes, pelo contrário, tal incumbência repousa no público que lida com os constantes choques de ideias

¹⁷⁴ PIMENTA BUENO, José Antônio. op. cit., p. 383.

¹⁷⁵ PASKIN NETO, Max. **O Direito de ser rude: liberdade de expressão e imprensa**. Curitiba: Bonijuris, 2015. p. 89.

¹⁷⁶ SARMENTO. Op. cit. p. 3.

e de pensamentos manifestos diariamente, segundo a ideia do livre mercado de ideias de John Stuart Mill.¹⁷⁷

Por isso, destaca-se o excelso valor de tolerância contido na liberdade de expressão e seus respectivos corolários, uma vez que esta é indissociável condição da autonomia de consciência humana e educa para a resiliência, nos termos do que reza a célebre frase de Tallentyre ao interpretar Voltaire, que diz “*I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it*”.¹⁷⁸

Para tal desiderato, no entanto, faz-se premente o amplo acesso às fontes de informação e de conteúdo, mormente no que diz respeito à disponibilidade do conhecimento de aspectos históricos e políticos do Brasil e do mundo, o qual somente se faz possível com a fiel observância do direito fundamental ao acesso à informação, conforme se passa a ver no item subsequente.

4.1.2 Direito de acesso à informação e às fontes culturais e o domínio público

A Constituição Federal de 1988 aponta para a formação jurídica, política e institucional do país como Estado Social e Democrático de Direito, o qual tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁷⁹

Para a consecução dos objetivos constitucionais aludidos, dentre outras medidas, faz-se necessário o amplo acesso às informações de interesse público, as quais possibilitam o conhecimento - artístico, histórico, científico e político -, o que contribui com a concretização de regime democrático, dos valores e objetivos da sociedade brasileira constitucionalmente delimitados.

Na realização de um Estado Democrático de Direito, tem-se por imprescindível a participação popular, a qual somente se faz possível quando os cidadãos possuem razoáveis e

¹⁷⁷ MENDES. Op. cit. p. 265.

¹⁷⁸ Tradução livre: Eu desaprovo o que você diz, mas vou defender até a morte o seu direito de dizê-lo . TALLENTYRE, S. G. (Evelyn Beatrice Hall). **The Friends of Voltaire**. Londres: Smith, Elder & Co., 1906. Disponível em: http://www.archive.org/stream/friendsofvoltair00hallrich/friendsofvoltair00hallrich_djvu.txt. Acesso em 28/05/2017.

¹⁷⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

mínimos conhecimentos a respeito de fatos e informações, podendo livremente informar a outros indivíduos e serem informados. Ressalta-se, daí, a importância que a liberdade de informação assume no ordenamento jurídico pátrio, possuindo, inclusive, amparo constitucional e natureza de direito fundamental.¹⁸⁰

Nesse sentido, o rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 dispõe:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: 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;

(...) **XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional** (grifou-se).¹⁸¹

Não se pode olvidar, ainda, o que dispõe o texto constitucional no que toca ao amplo e livre acesso à Educação e à Cultura:

Art. 205. A **educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania** e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...)

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; (grifou-se).

Art. 215. O **Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.**

[...] 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

II - produção, promoção e difusão de bens culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

IV - democratização do acesso aos bens de cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

V- valorização da diversidade étnica e regional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005) (grifou-se).¹⁸²

Ao tecer comentários sobre a norma constitucional referente à liberdade de informação em geral, José Afonso da Silva aduz que a palavra informação designa “o conjunto de condições

¹⁸⁰ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 49.

¹⁸¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 06/04/2017.

¹⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 06/04/2017.

e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob formas apropriadas de notícias ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões”.¹⁸³

Por sua vez, Albino Greco esclarece que se deve entender “informação”, sob à ótica constitucional, como o “conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular” que implica, do ponto de vista jurídico, em duas direções: “*la libertà di manifestare il proprio pensiero ricomprende tanto il diritto di informare quanto il diritto ad essere informat*”.¹⁸⁴

Daí porque exsurge dois âmbitos de incidência da norma constitucional no que diz respeito ao direito de acesso à informação, quais sejam: o direito de informar e o direito de ser informado, os quais devem não somente serem garantidos pelo ente estatal, mas, além disso, promovidos por este, com o escopo de que a informação e o conhecimento sejam de livre acesso a todos os cidadãos, indistintamente.

No tocante à relevância do direito à informação, o jurista português Jónatas Machado faz a seguinte ponderação:

Através dele [direito de ser informado] tem-se procurado ampliar a autonomia individual nos processos de formação de preferências e opiniões e reforçar a posição dos cidadãos em face dos meios de comunicação social, servindo o mesmo de justificação para a existência de um serviço público de rádio e de televisão, ou, pelo menos, de uma criteriosa regulamentação das actividades jornalística, de radiodifusão e de radiotelevisão, no sentido de garantir um serviço informativo e formativo de qualidade.¹⁸⁵

Destaca-se, neste ponto, o célebre excerto de Rui Barbosa a respeito da liberdade de informação, no que diz respeito à atividade da imprensa:

A imprensa é a vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonegaram, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça. Sem vista mal se vive. Vida sem vista é vida no escuro, vida na soledade, vida no medo, morte em vida: o receio de tudo; dependência de todos; rumo à mercê do acaso; a cada passo, acidentes, perigos, despenhadeiros. Tal a condição do país, onde a publicidade se avariou, e, em vez de ser os olhos, por onde se lhe exerce a visão, ou o cristal, que lha clareia, é a obscuridade, onde se perde, a ruim lente, que lhe turva, ou a droga maligna, que lha perverte, obstando-lhe a notícia da realidade, ou não lha deixando senão adulterada, invertida, enganosa.¹⁸⁶

Somado ao valor democrático do acesso à informação advogado por Rui Barbosa, pode-se inferir, ainda, que o direito de se informar relaciona-se à liberdade de buscar a informação

¹⁸³ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 248.

¹⁸⁴ Tradução livre: a liberdade de expressar pensamentos tanto engloba o direito de informar e o direito de ser informado. GRECO, Albino. **La libertà di stampa nell'ordinamento giuridico italiano**, Virginia: Bulzoni, 1974. p. 28. Disponível em: <http://www.odg.mi.it/node/31521>. Acesso em 26/04/2017.

¹⁸⁵ MACHADO, Jónatas E. M. Op. cit. p. 495.

¹⁸⁶ BARBOSA, R. **A imprensa e o dever de verdade**. São Paulo, Editora Papagaio, 2004, p. 33-35.

“em fonte não censurada e sobre qualquer tema que se revele de interesse do cidadão”. Ao passo que “a busca livre de assunto ou em fonte circunscrita antecipadamente significa limitar a liberdade de obter dados de conhecimento para a formação de ideias e formulação de opiniões”, pelo que, valendo-se de Bertolt Brecht, conclui Carmen Lúcia:

O direito de ser informado concerne àquele que recebe o teor da comunicação, tornando-se ator no processo de liberdade crítica e responsável pelas suas opiniões e, a partir delas, de suas ações. Liberdade desinformada é algema mental transparente, porém tão limitadora quanto os grilhões materiais. A corrente da desinformação não é visível, mas é sensível na cidadania ativa e participativa. Afinal, como em Brecht, o pior analfabeto é o analfabeto político. O direito de ser informado é a garantia da superação do analfabetismo político.¹⁸⁷

Nesse tocante, resgata-se que o acesso às obras intelectuais - enquanto forma de acesso aos bens culturais - são indispensáveis para a concretização dos princípios constitucionais de acesso ao conhecimento e à educação, cabendo ao domínio público o papel de “grande manancial de obras livremente acessíveis e manipuláveis”, de acesso ao público em geral, ensina Sérgio Branco.¹⁸⁸

Por isso, os artigos 205 e 206 da Carta Magna¹⁸⁹ estatuem, segundo José Afonso da Silva, que “o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais”, isto é, oferecer ensino que garanta a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura, incentivando-se a valorização e a difusão das manifestações culturais. Além do que, cabe ao Estado ampliar cada vez mais as “possibilidades de que todos venham a exercer esse direito”; e, em segundo lugar, que “todas as normas da CF/88, sobre educação e ensino, não de ser interpretadas no sentido de sua plena e efetiva realização”.¹⁹⁰

Repisa-se, ainda, o que dispõe o artigo 215 do texto constitucional, segundo o qual “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”, tendo

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815**. Rel. Min. Carmem Lúcia. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em 28/05/2017.

¹⁸⁸ BRANCO, Sérgio. op. cit. p. 88.

¹⁸⁹ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 281.

em vista que a edição de obra literária com pujante caráter histórico-bibliográfico deve ser autorizada e garantida pelo ente estatal, uma vez que está devidamente abrangida no conceito de fonte de cultura.

Nesse contexto, a queda em domínio público, nos moldes da mencionada Lei n. 9.610/98, cumpre sua função constitucional, porquanto permite com que determinadas obras literárias sejam divulgadas e reexploradas, quando decorridos os 70 (setenta) anos da morte do autor, a fim de que livros e outras manifestações artísticas não caiam em esquecimento, mas sim em domínio público.

Por isso, tem-se que a queda em domínio público e o livre acesso às obras literárias se coadunam com as diretrizes constitucionais de livre acesso às fontes culturais, resguardando e garantido, ainda, outros direitos fundamentais, tais como o direito à educação e ao lazer, bem como o princípio da livre iniciativa, dentro dos limites autorizados pela lei, na senda do que ensina Sérgio Branco.¹⁹¹

Devendo-se destacar, nesta altura, que o livre acesso a determinadas obras, que estariam eventualmente fadadas ao esquecimento, relaciona-se diretamente com o aludido princípio da livre iniciativa, uma vez que, estando em domínio público, editoras e produtoras restam autorizadas a fazer uso da obra, inclusive com o escopo de auferir vantagem econômica – a exemplo das editoras que estavam a veicular e publicar a reedição de *Mein Kampf* no Brasil, no caso em análise.

Isto é, o livre acesso às fontes de conhecimento de cunho histórico, literário, científico, político e artístico são fatores determinantes para a promoção do espírito crítico e amadurecimento da consciência de determinado indivíduo e da sociedade como um todo, cabendo ao Estado respeitar tal garantia e promovê-la, com o fito de perseguir os objetivos da República e consolidar uma sociedade genuinamente democrática e sadia.

Poder-se-ia afirmar, por isso, ao tratar da proibição judicial da veiculação e acesso à “Minha Luta”, que o Judiciário fluminense, sob o estandarte de combate ao racismo e às variadas formas de opressão, acaba por negar à população brasileira, sobretudo àqueles que possuem genuíno interesse acerca da historicidade da figura de Adolf Hitler, o acesso à obra carregada de elevado valor histórico e literário.

Diferentemente, a decisão ora em análise sustentou que *Mein Kampf* não está a tutelar direito à informação, consoante se vê:

Aqui, no caso concreto, tenho que inexistente conflito real a ser solucionado, **pois a publicação da obra comumente chamada “bíblia do nazismo” não está a tutelar**

¹⁹¹ BRANCO, Sérgio. Op. cit. p. 90.

o direito à informação. Pelo contrário, a obra em questão tem o condão de fomentar a lamentável prática que a história demonstrou ser responsável pela morte de milhões de pessoas inocentes, sobretudo, nos episódios ligados à II Guerra Mundial e seus horrores oriundos do nazismo preconizado por Adolf Hitler. Portanto, contrária à defesa dos direitos humanos.

Para o magistrado da decisão liminar referida, a obra de Adolf Hitler não reúne condições para circular por não tutelar legítimo direito de informação, não apresentando valor expressivo, por conseguinte.

Para João dos Passos Martins Neto, entretanto, no que diz respeito à liberdade de expressão, para que determinado ato comunicativo esteja sob proteção constitucional, faz-se necessário mínimo valor expressivo, conforme se vê:

Assim, pode-se dizer que um ato comunicativo tem valor expressivo quando são aplicáveis a ele uma ou mais das possíveis razões de proteção que são os fundamentos da norma constitucional que garante a liberdade de expressão. Por outro lado, um ato comunicativo ao qual não corresponda qualquer das razões que possam justificar a proteção constitucional do direito de comunicar carece de valor expressivo. Atos comunicativos sem valor expressivo não podem desfrutar da proteção constitucional, porque a rigor, não constituem expressão. Se a liberdade de expressão protege a expressão, o que não é expressão a liberdade de expressão não protege.¹⁹²

Diante disso, cumpre questionar qual o valor comunicativo contido na biografia de Adolf Hitler, a fim de que se possa aferir se esta possui – ou não – valor expressivo e conteúdo compatível com a ordem constitucional vigente.

Malgrado seja patente o conteúdo ofensivo aos judeus na obra de Adolf Hitler – o que, nesse aspecto, vai de encontro ao comando normativo constitucional de combate ao racismo e à intolerância -, por outro lado, percebe-se inequívoco valor histórico e literário na obra em questão, que permite conhecer detalhes de um dos períodos mais conturbados da história humana, o que dá ao livro valor expressivo, digno de proteção constitucional, com arrimo no direito fundamental de livre acesso à informação e às fontes culturais.

Ou seja, impõe-se questionar as razões pelas quais a autobiografia de Adolf Hitler, a despeito das mensagens de ódio dirigidas aos judeus, segundo a decisão aludida, não está a tutelar direito à informação, tendo em vista que a obra em tela constitui documento histórico hábil a elucidar os bastidores da Segunda Guerra Mundial, eis que cunhada a partir dos próprios punhos de Adolf Hitler.

A historicidade da obra vergastada torna-se evidente à medida em que cuida de expor, a partir da subjetividade do *Führer* alemão, sua cosmovisão e valores, bem assim sua percepção acerca do período entre guerras, da situação política e econômica da Alemanha após o Tratado de Versalhes, conforme elucidado do capítulo 2 da presente pesquisa.

¹⁹² MARTINS NETO. op. cit. p. 47.

Por isso, percebe-se por infundada a afirmação de que a autobiografia em questão não está a tutelar o direito de liberdade de informação.

Por possuir valor comunicativo, pode-se aduzir que o cidadão que procura obter acesso à obra de Hitler, sobretudo aqueles de genuíno interesse histórico-literário, não está a propagar ou difundir a ideologia nazista – incidindo, em tese, em fato típico, ilícito e culpável¹⁹³; antes, pelo contrário, está a adentrar no terreno obscuro da mente de uma das personalidades mais odiadas da história mundial, a fim de entender o contexto histórico e as motivações político-ideológicas que culminaram com a Segunda Guerra Mundial e seus reflexos no mundo ocidental.

Não é demais ressaltar que a norma constitucional garantiu, de modo explícito, a liberdade de informação como consectário imediato da liberdade de expressão e decorrência direta da dignidade da pessoa humana, pelo motivo segundo o qual a difusão e o acesso à informação são essenciais na formação do indivíduo crítico, e, por conseguinte, de uma sociedade democrática.

A esse respeito, Albino Greco sustenta que deve ser reconhecido e garantido pelo ente estatal o direito de informar ao público acontecimentos e ideias “de modo objetivo, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original”, do contrário, ter-se-ia não informação, “mas mera deformação”.¹⁹⁴

Questiona-se, por isso, as razões pelas quais o Poder Judiciário acaba por intervir na esfera individual e coletiva, a fim de apontar quais livros devem (ou não) ser objetos de leitura e análise, negando ao indivíduo e à população o acesso às obras que, por seu conteúdo alegadamente infamante, segundo decisão liminar prolatada por magistrado singular, não reúnem condições para circular.

A título de elucidação e imaginação, propõe João dos Passos Martins Neto:

Imagine-se alguém que, no plano da pura abstração filosófica, sustente ou defenda a ditadura como forma superior de organização política, a legitimidade do terrorismo no combate ao imperialismo, o direito natural do homem ao comércio de seus órgãos, o pecado do sexo protegido por camisinha, o direito inato da mulher abortar até o nono mês de gestação, a imputabilidade penal aos 10 de idade, a razoabilidade da tortura cruel no interrogatório de prisioneiros de guerra, as boas qualidades de Stalin, Hitler e Pinochet que os historiadores teriam ocultado. Embora espantosas tais ideias,

¹⁹³ O crime de apologia ao nazismo diz respeito ao tipo penal previsto artigo 20, § 1º, da Lei 7.716/89, que reza: 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. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. BRASIL. **Lei n. 7.716/89**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em 06/05/2017.

¹⁹⁴ GRECO, Albino. op.cit. p. 53.

democracia, conhecimento, autonomia e tolerância são razões que lhes garantem valor expressivo e aptidão para circular.¹⁹⁵

Por fim, conclui João dos Passos Martins Neto que, sob a perspectiva do fundamento democrático, “mesmo ideias que tendem a soar como aviltantes podem ter mérito para circular livremente”, uma vez que “o fundamento de tolerância não confere valor apenas ao bom e justo discurso das minoras contra o interesse e práticas das maiorias que sejam consideradas atrasadas e nefastas”, antes, “dá valor, inclusive, e talvez especialmente ao pensamento extremista, aquele que qualquer um de nós percebe como imoral e torpe, que questiona valores e ideias de consenso não apenas majoritário, mas próximo do universal”.¹⁹⁶

Resgata-se, em arremate, a lição de Norberto Bobbio, segundo o qual “o livre debate de ideias pressupõe a liberdade de expressão, a qual, por sua vez, somente se concretiza mediante o livre e irrestrito acesso à informação e à cultura”, para que cada indivíduo possa formar e expor sua opinião acerca do mundo dos fatos – a incluir os fatos históricos.¹⁹⁷

Isto posto, afirmando-se o valor expressivo contido na obra proibida, bem como os fundamentos democráticos de acesso ao conhecimento, promoção da tolerância e autonomia individual, deve-se avançar ao debruçar-se, de agora em diante, sobre as afirmações casuísticas da prevalência das liberdades de expressão e de acesso à informação, de acordo com o posicionamento da jurisprudência nacional.

4.2 Entre julgar e conhecer a História: a censura à luz do ordenamento jurídico e da jurisprudência pátria

Conforme elucidado no capítulo dois da presente monografia, o primeiro Decreto expedido a pedido do então chanceler Alemão, Adolf Hitler, em meados de 1933, consistiu em uma medida de caráter provisório com vistas a cercear direitos e garantias individuais, precipuamente a liberdade de expressão e informação, mediante censura, com a finalidade de que a ideia dissidente e contrária ao governo nazista não viesse a prosperar e ganhar adeptos.

Curiosamente, a experiência brasileira, ensina Sarmento¹⁹⁸, no auge da Ditadura Militar de 1964¹⁹⁹, aponta para a ocorrência de diversas formas de censura que “recaíam quase sempre

¹⁹⁵ MARTINS NETO. op. cit. p. 82.

¹⁹⁶ Ibid. op. cit. p. 80.

¹⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 4.ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p.89.

¹⁹⁸ SARMENTO. op.cit. p. 1

¹⁹⁹ No ato institucional n. 5 (AI-5), de 1968, constava que a censura era um ato autorizativo da prevalência formal de normas que não tinham supedâneo na força do direito, ao dispor em seu art. 5º se dispunha: “Art. 5º - A

sobre manifestações que o Governo considerava perigosas ou ofensivas ao seu próprio interesse – de notícias jornalísticas denunciando abusos do regime às letras das músicas de protesto de Chico Buarque de Holanda”, entre outros.²⁰⁰

Atualmente, todavia, os tempos são outros e o Estado, sobretudo a partir da atuação do Poder Judiciário, enfrenta situações complexas que flutuam delicadamente na tênue linha do dizível e do indizível, despertando o sempre atual debate acerca das eventuais limitações à liberdade de expressão, tal como ocorre na proibição judicial ao *Mein Kampf*, como demonstrado no presente trabalho.

O debate acerca da proibição, portanto, repousa no empasse bem ilustrado por Sarmento:

Uns, de um lado, afirmam que a liberdade de expressão não deve proteger apenas a difusão das ideias com as quais simpatizamos, mas também aquelas que nós desprezamos ou odiamos, como o racismo. Para estes, o remédio contra más ideias deve ser a divulgação de boas ideias e a promoção do debate, não a censura. Do outro lado estão aqueles que sustentam que as manifestações de intolerância não devem ser admitidas, porque violam princípios fundamentais da convivência social como os da igualdade e da dignidade humana, e atingem direitos fundamentais das vítimas.²⁰¹

Destarte, para os que concordam com a proibição da chamada “bíblia do nazismo”, tal como elucidado no capítulo três da presente monografia, a decisão judicial ora em análise não possui o condão de configurar qualquer censura ou abuso estatal, haja vista a observância de bem jurídico tutelado de maior relevância, a saber, a dignidade da pessoa humana e o combate ao racismo.

Todavia, para o primeiro grupo apontado por Sarmento – aqueles que advogam a ideia de que a autobiografia de Adolf Hitler deve circular - a liberdade de expressão e de informação não podem ser cerceadas no caso em análise, uma vez que esta protege até mesmo aquelas ideias mais impopulares e torpes, mormente quando está a tutelar outro bem jurídico de grande importância, qual seja, o acesso à cultura e à informação histórico-literária.

Por assim afirmar, a liberdade e a censura são conceitos que andam juntos, uma vez que, segundo Paskin Neto, “a censura serve de moldura limitativa da validade e da eficácia das liberdades”, de modo que a liberdade não deve ser tida como algo irrestrito e irresponsável,

suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: (...) III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política”.

²⁰⁰ A esse respeito, impende mencionar uma das músicas mais emblemáticas do compositor fluminense que dizia: “Pai, afasta de mim esse cálice Pai, afasta de mim esse cálice Pai, afasta de mim esse cálice de vinho tinto de sangue Como beber dessa bebida amarga Tragar a dor, engolir a labuta Mesmo calada a boca, resta o peito Silêncio na cidade não se escuta De que me vale ser filho da santa Melhor seria ser filho da outra Outra realidade menos morta Tanta mentira, tanta força bruta”. BUARQUE DE HOLANDA, Chico. *Cálice*. In Chico Buarque. São Paulo: Polygram/Philips, 1978. LP e CD.

²⁰¹ SARMENTO. op. cit. p. 2.

porquanto “ao cair para o extremo de acreditar que a plena liberdade é um real atingível, a sociedade se abre ao risco de fomentar o caos e a perda total de parâmetros éticos e hierárquicos”, de maneira tal que a “liberdade deve ser lida como liberdade dentro de limites, responsável e ponderada”.²⁰²

Quanto à conceituação da censura, destaca-se o ensinamento de Jónatas Machado, segundo o qual se entende censura como a “restrição prévia à liberdade de expressão realizada pela autoridade estatal e que resulta na proibição da veiculação de determinado conteúdo”.²⁰³

Malgrado a conotação negativa conferida às censuras aos particulares, pode-se conceber determinadas restrições, na opinião de Max Paskin Neto, por vezes, como uma “restrição necessária para o regular funcionamento da sociedade”, destacando algumas restrições como vitais e elementares, dentre elas: as “normas penais incriminadoras, vedação constitucional a reuniões paramilitares, proteção à propriedade privada, educação dos filhos, horário escolar, infrações administrativas, censura em diversos âmbitos e níveis”.²⁰⁴

Dentre outras formas de restrição à liberdade de expressão tida por constitucional, destaca-se o que diz o artigo 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica, ao dispor que “a lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência”, o que seria tido por uma constrição absolutamente admissível pelo ordenamento jurídico.²⁰⁵

Ocorre que a censura à qual o texto constitucional faz menção não são as restrições acima elucidadas, tendo em vista que estas se prestam a promover o bem da sociedade. Diferentemente, a censura constitucionalmente combatida diz respeito àquelas imposições estatais ou da vontade majoritária, as quais tentam corroer a sociedade por meio de

²⁰² PASKIN NETO. op.cit. p. 31.

²⁰³ MACHADO, Jónatas. op. cit. p. 487.

²⁰⁴ PASKIN NETO. op.cit. p. 31.

²⁰⁵ Colaciona-se o disposto no artigo 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica, que, igualmente, veda a censura por razões ideológicas: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 26/04/2017.

manipulação, opressão e indevida ingerência. Esta censura, portanto, é o objeto da presente análise.

Tal cuidado decorre do fato de que, no campo das liberdades de expressão e de acesso à informação, há uma larga avenida para fazer da censura um instrumento de opressão, especialmente quando se trata da chamada censura vertical (do Governo para o cidadão), circunstâncias nas quais, comumente, verifica-se a utilização de cláusulas gerais para justificar abusos, dentre elas: defesa da moral pública, bons costumes, segurança nacional e outros.

Ainda no que toca à censura, curial valer-se da lição da Ministra Carmem Lúcia, ao afirmar que a censura é “forma de controle da informação”, isto é, alguém, que não o autor do pensamento e do que quer se expressar, impede a produção, a circulação ou a divulgação do pensamento. Conseqüentemente, a censura se dá pelo “controle da palavra ou da forma de expressão do outro”, por intermédio de “alguém – o censor – o qual se faz senhor não apenas da expressão do pensamento ou do sentimento de alguém, mas – o que é mais – controla-se o acervo de informação que se pode passar a outros”²⁰⁶, pelo que conclui, ainda:

A censura recorta a história, reinventa o experimentado, pessoal ou coletivamente, omite fatos que poderiam explicitar a vida de pessoa ou de povo em diferentes momentos e locais. Censura é repressão e opressão. Restringe a informação, limita o acesso ao conhecimento, obstrui o livre expressar pensado e o sentido. Democracia deveria escrever censura com s em seu início: sem sura.²⁰⁷

Isso porque a proibição da censura é um dos aspectos centrais da liberdade de expressão, por ser a censura “natural à inclinação dos regimes autoritários em censurar a difusão de ideias e informações que não convêm aos governantes”. Mas, mesmo fora das ditaduras, “a sociedade muitas vezes reage contra posições que questionem os seus valores mais encarecidos e sedimentados, e daí pode surgir a pretensão das majorias de silenciar os dissidentes”, podendo haver censura, inclusive, no seio das relações privadas, por isso.²⁰⁸

Historicamente, a respeito da censura, oportuno valer-se do pensamento de John Milton, o qual, em 1644, em célebre obra denominada *Areopagítica*, combateu com afínco a aprovação de norma instituidora da censura prévia pelo parlamento inglês nos idos do século XVII, ressaltando a importância do livre acesso aos livros como forma de construção do conhecimento, ao exclamar:

For books are not absolutely dead things, but do contain a potency of life in them to be as active as that soul was whose progeny they are; nay, they do preserve as in a vial the purest efficacy and extraction of that living intellect that bred them A good

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815**. Rel. Min. Carmem Lúcia. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em 28/05/2017.

²⁰⁷ Ibid. op. cit. p. 47.

²⁰⁸ Ibid. op. cit. p. 49.

book is the precious life-blood of a master spirit, embalmed and treasured up on purpose to a life beyond life. [...] Give me the liberty to know, to utter, and to argue freely according to conscience, above all liberties.²⁰⁹

Nesse aspecto, Airton Cerqueira Leite Seelaender, sob a orientação do professor Ricardo Lewandowski, ao comentar a aludida obra de John Milton, aduziu que, para o pensador inglês, a censura sempre esteve associada à tirania, chegando-se a extrair da obra, em síntese, alguns enunciados que apontam as bases do pensamento de Milton: “a censura prévia é expressão do desprezo pelos governados e da superestima da capacidade das autoridades e seus agentes”, sendo tais censuras “essencialmente liberticidas”, razão pela qual a “intolerância, e não a pluralidade de opiniões, é o que enfraquece o Estado”; de modo que “a censura prévia é ineficaz, considerados os fins a que se propõe”.²¹⁰

Superados os introitos conceituais e históricos, cumpre, neste item, elucidar o fenômeno da censura à luz do ordenamento jurídico pátrio e da jurisprudência oriunda do Supremo Tribunal Federal.

Dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, 206, inciso II e 220, §1º, respectivamente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, **independentemente de censura ou licença;**

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) **II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;**

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. (...)

§ 1º **Nenhuma lei conterá 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.

²⁰⁹ Tradução livre: Pois os livros não são coisas absolutamente mortas, mas contêm uma potência de vida neles para serem tão ativos quanto aquela alma cuja progênie eram; Eles preservam como em um frasco a mais pura eficácia e extração desse intelecto vivo que os criou. Um bom livro é o precioso sangue de vida de um espírito mestre, embalsamado e estimado de propósito para uma vida além da vida. [...] Dá-me a liberdade de saber, de proferir e de argumentar livremente segundo a consciência, acima de todas as liberdades. MILTON, John.

Areopagítica. With Commentary by Sir Richard C. Jebb. Cambridge: University Press, 1918. p. 45.

²¹⁰ O nascimento da ideia de liberdades essenciais relativas à informação, embora já prenunciado nas doutrinas de alguns reformadores da Idade Média e do século XVI, deu-se, a rigor, apenas na primeira metade do século XVII, com o advento da Areopagítica de Milton. Publicado em 1644, esse discurso, cujo tema principal era a inaceitabilidade da censura prévia, representou o marco inicial de toda uma longa e rica tradição de questionamento da legitimidade dos procedimentos utilizados pelos governantes para cercear a divulgação de informações e opiniões contrárias aos seus interesses. Não há, pois, nada de surpreendente no fato de que em Areopagítica se encontrem as raízes mais longínquas, tanto históricas quanto teóricas, do conceito moderno de direito à informação. SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **Surgimento da Ideia de Liberdades Essenciais Relativas à Informação – A Areopagítica de Milton.** São Paulo: FAPESP, 1989.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.
(grifou-se).

Depreende-se dos dispositivos acima que qualquer tipo de censura, relativa à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, diz respeito à proibição que representa “uma forte reação do constituinte ao passado recente, sobretudo em decorrência dos excessos praticados durante o período da ditadura militar” no Brasil, afirma Ingo Wolfgang Sarlet.²¹¹

Ainda quanto à norma constitucional brasileira vigente, ensina José Afonso da Silva que a liberdade de expressão e informação afasta qualquer tipo de censura, ao afirmar que:

Gera a repulsa a qualquer tipo de censura, seja a censura prévia (intervenção oficial que impede a divulgação da matéria) ou a censura posterior (intervenção oficial que se exerce depois da impressão, mas antes da publicação, impeditiva da circulação do veículo impresso. Em segundo lugar, é a mesma função social que fundamenta o condicionamento da sua liberdade, que, agora, se limitará à vedação do anonimato (em matéria não assinada, o diretor do veículo responde), direito de resposta proporcional ao agravo, indenização por dano material, moral ou à imagem e sujeição às penas da lei no caso de ofensa à honra de alguém (art. 5º, IV, V, X), pois nenhuma lei poderá embaraçar a plena liberdade de informação jornalística, em qualquer veículo de comunicação social, nem se admite censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, §§ 1º e 2º).²¹²

Nítido, portanto, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, que é inerente ao direito à liberdade de expressão a “presunção de inconstitucionalidade” de todas as formas de censura, particularmente de censura prévia, uma vez que “a vedação à censura é de âmbito geral [...], valendo diante de qualquer entidade ou poder, de direito ou de facto, que esteja em condições de impedir a expressão ou divulgação de ideias e informações”.²¹³

Ocorre que, reprimir uma ideia por mera discordância, na realidade, nada mais é do que censura por razões ideológicas, o que, por óbvio, estaria na contramão da democracia, incorrendo, assim, em proibição reprovável pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa toada, João dos Passos Martins Neto aponta:

Razões ideológicas de censura são aquelas que exprimem contrariedade ou discordância em relação ao conteúdo de uma comunicação que apresenta valor expressivo, ou seja, cuja expressão é justificável por sua conexão com o processo democrático, a elaboração do saber, a afirmação da autonomia e o ensino da tolerância. Razões ideológicas de censura são aquelas que não estão ligadas a uma necessidade real de prevenir e sancionar a violação de direitos alheios (que não estão em jogo), mas à intenção de silenciar ideias e informações apenas em função da preferência por outras, seja por acreditar-se na superioridade destas, seja para resguardar interesses contrariados (doutrinários, econômicos, eleitorais, eclesiais),

²¹¹ SARLET *et al.* op. cit. 2015. p. 493.

²¹² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 827.

²¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas**. In: JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. **Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 128-129.

entre outros). Razões ideológicas de censura são, em suma, proibições estatais da palavra segundo um critério de mera contrariedade ou discordância.²¹⁴

Além do que, no que concerne às razões ideológicas como elemento motivador da censura, Sarmiento sustenta que, “se o Estado fosse censurar e reprimir cada ato comunicativo que contivesse rastros de preconceito e intolerância contra grupos estigmatizados, não sobraria quase nada”, de modo que o resultado seria uma “sociedade amordaçada, com uma esfera pública empobrecida e sem espontaneidade, sobre a qual reinariam soberanos os censores de plantão, sejam eles administradores ou juízes politicamente corretos”.²¹⁵

A atuação dos censores de plantão, segundo Sarmiento, portanto, faria a “utopia do respeito mútuo no discurso público”, converter-se em “triste distopia de uma sociedade conformista e sem vitalidade”, cativa de ortodoxias morais e históricas inquestionáveis, portanto.²¹⁶

Por isso, para além do caso Ellwanger já exposto, premente se faz demonstrar outros precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal acerca da prevalência da liberdade de expressão sobre outros conflitos no caso concreto.

Assim, dentre outros, passa-se a analisar o célebre caso das biografias não autorizadas.

Em conhecido *hard case* que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, sob a forma de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815²¹⁷, discutiu-se se a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias, conforme os artigos 20 e 21 do Código Civil²¹⁸, constituiria uma forma privada de censura contrária à Constituição Federal de 1988, ou não.

A aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815, movida pela Associação Nacional dos Editores Livro (ANEL), foi a oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal afastou a exigência prévia de autorização para edição e veiculação de biografias, sob o argumento de que a censura prévia confere um poder de veto aos relatos e viola o direito dos

²¹⁴ MARTINS NETO. op. cit. p. 83.

²¹⁵ SARMENTO. Op. cit. p. 53.

²¹⁶ Ibid. op. cit. p. 53.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815**. Rel. Min. Carmem Lúcia. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em 28/05/2017.

²¹⁸ 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. BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 29/05/2017.

cidadãos à informação, prejudicando a compreensão ampla de determinados períodos históricos, considerando que as biografias são uma fonte histórica indelével.

Para fins de maior elucidação, colaciona-se a ementa do julgado aludido:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. 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 INVIOABILIDADE 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. **ACÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.** 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. **A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular.** 4. **O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado 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.** 5. **Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.** 6. **Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. 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.** 7. **A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil),** ainda 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. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, 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. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar 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).²¹⁹

Ainda, é possível extrair, do voto da Ministra Relatora Carmem Lúcia, que a Constituição prevê, nos casos de violação da privacidade, da intimidade, da honra e da imagem, a reparação indenizatória, e proíbe “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Assim, uma regra infraconstitucional não pode abolir o direito fundamental de expressão e criação de obras literárias, concluindo que:

Não é proibindo, recolhendo obras ou impedindo sua circulação, calando-se a palavra e amordaçando a história que se consegue cumprir a Constituição. A norma infraconstitucional não pode amesquinhar preceitos constitucionais, impondo restrições ao exercício de liberdades.²²⁰

Além disso, a título de exemplo, menciona-se, no mesmo sentido, o julgado oriundo também do Supremo Tribunal Federal, autuado sob a forma de Inquérito n. 3.590²²¹, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, em que o Ministério Público Federal imputou ao deputado Marco Feliciano o crime de discriminação ou preconceito, na forma do artigo 20 da Lei 7.716/89.²²²

O Supremo Tribunal Federal, todavia, rejeitou a denúncia sob o argumento de que a conduta do deputado Feliciano, acusado de ofender a orientação sexual por críticas ao movimento LGBT, era atípica, vez que o discurso do deputado, ainda que polêmico, reputadamente questionável ou de mau gosto, não poderia ser classificado como delito, punível na forma de reprimenda penal.

Ademais, argumentou-se que o artigo 20 da Lei nº 7.716/89 versa sobre a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da opção sexual, quedando-se atípica a conduta do deputado Marco Feliciano, consoante síntese da decisão a seguir transcrita:

Ante a atipicidade da conduta, a 1ª Turma não recebeu denúncia oferecida contra Deputado Federal que teria publicado na rede social “twitter” manifestação de natureza discriminatória em relação aos homossexuais. A Turma destacou que o artigo 20 da Lei 7.716/1989 — assim como toda norma penal incriminadora — possui rol

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815**. Rel. Min. Carmem Lúcia. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em 28/05/2017.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815**. Rel. Min. Carmem Lúcia. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em 28/05/2017. p. 52.

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3.590**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Publicado no DJ 12/08/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4815&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 01/05/2017. p. 8.

²²² Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de 1 a 3 anos e multa. BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em 16/04/2017.

exaustivo de condutas tipificadas, cuja lista não contempla a discriminação decorrente de opção sexual (“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”). Nesse sentido, ressaltou que a clareza do ditame contido no art. 5º, XXXIX da CF impediria que se enquadrasse a conduta do deputado como crime, em que pesasse à sua reprovabilidade (“Art. 5º, XXXIX. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”). **O Ministro Roberto Barroso consignou que o comentário do parlamentar teria sido preconceituoso, de mau gosto e extremamente infeliz. Aduziu, entretanto, que a liberdade de expressão não existiria para proteger apenas aquilo que fosse humanista, de bom gosto ou inspirado. Ressaltou que seria razoável entender que o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvessem manifestações de ódio (“hate speech”).** Ponderou que haveria um projeto de lei nesse sentido em discussão no Congresso Nacional. O Ministro Luiz Fux acrescentou que o STF, ao julgar a legitimação da união homoafetiva, entendera que a homoafetividade seria um traço da personalidade e que, portanto, ela não poderia trazer nenhum discrimine, de sorte que a fala do parlamentar, ao mesmo tempo, ultrajaria o princípio da dignidade da pessoa humana e o da isonomia. Inq 3590/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 12.8.2014. (Inq-3590).²²³

Em igual sentido, acompanhando o voto relator, acrescentou o Ministro Luís Roberto Barroso que a liberdade de expressão não existe para proteger apenas aquilo que seja humanista ou de nobre valor, mas também os pensamentos sórdidos mais impopulares, ao afirmar:

Eu me lembro sempre de uma passagem do Freud, que dizia que por trás de toda interdição existe um desejo, portanto acho que essas são manifestações extremamente problemáticas do ponto de vista do seu conteúdo. Acho que é um comentário preconceituoso, é um comentário de mau gosto e extremamente infeliz. Porém, penso também que a liberdade de expressão não existe para proteger apenas aquilo que seja humanista, aquilo que seja de bom gosto ou aquilo que seja inspirado. Na frase feliz de Rosa de Luxemburgo, a liberdade de expressão é aquela que protege os nossos adversários, é aquela que protege quem pensa diferentemente de nós.²²⁴

Dos dois julgados *supra* analisados, portanto, pode-se perceber que a censura, no mais das vezes, atua na contramão do avanço democrático e goza de uma presunção de inconstitucionalidade, inclusive quando proveniente de abusos judiciais.

Nesta senda, ensina Canotilho, acerca da presunção de inconstitucionalidade das decisões judiciais de censura, ao afirmar que:

Um conceito ainda mais amplo de censura envolve os atos judiciais, que, em linha de princípio, também não podem proibir a comunicação de mensagens e informações ou a circulação de obras. Porém, aqui já não é mais possível falar numa vedação absoluta, mas apenas numa forte presunção de inconstitucionalidade das medidas judiciais que impliquem neste tipo de restrição à liberdade de expressão.²²⁵

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3.590**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Publicado no DJ 12/08/2014. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4815&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 01/05/2017. p. 8.

²²⁴ Ibid. op.cit. p. 11.

²²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva. Almedina. 2013. p. 275.

Por outro lado, a Constituição de 1988, consoante já demonstrado, firma nítido compromisso com valores e princípios que apontam para o combate à intolerância de qualquer natureza e à propagação do racismo dentro do território brasileiro. Diante disso, como conciliar o livre acesso à chamada “bíblia do nazismo” com o seu teor discriminatório com relação aos judeus e, concomitantemente, o dever constitucional de combater o racismo e quaisquer outras formas de segregação?

É nesta altura do debate que se deve invocar, uma vez mais, a decisão judicial analisada na presente monografia, a qual retirou de circulação a autobiografia de Adolf Hitler, que estava a ser comercializada pela Editora Saraiva, Editora Centauro e Editora Geração, a fim de se questionar: o cerceamento à liberdade de acesso e divulgação de “Minha Luta” fora realizado mediante censura travestida de prestação jurisdicional? Noutras palavras, a decisão judicial liminar em voga é constitucional ou inconstitucional?

Para responder estas e outras indagações decorrentes da presente monografia, insta reafirmar que as obras literárias, por sua essência, guardam valor inestimável para o conhecimento científico e histórico, para o saber filosófico e para o resgate cultural, devendo estas serem resguardadas pelo alcance imediato das normas constitucionais relativas ao pleno acesso à informação e à cultura.

A esse respeito, ao comentar a proibição proferida pelo Supremo Tribunal Federal no já elucidado caso Ellwanger, Max Paskin Neto afirma que a literatura nazista – incluindo, aqui, a autobiografia de Adolf Hitler - dá ao leitor interessado uma visão privilegiada acerca da estrutura do pensamento nazi, “suas causas e consequências, loucura e insanidade, bases e motivações, deixando a cargo do leitor a valoração dos pontos de vista do autor”, residindo nestes aspectos a sua importância histórica e bibliográfica.²²⁶

Ainda em tom de crítica ao já exposto caso Ellwanger, o professor João dos Passos Martins Neto afirma que o Supremo Tribunal Federal “equivocou-se ao estabelecer dogmas de Estado a respeito de fatos históricos sujeitos à controvérsias”, violando, assim, a norma constitucional de autonomia de consciência, sendo “intolerante com o pensamento da minoria e confundindo asserções de fato, valor e emoção com o ato de incitação ao crime e de ofensa a direitos de igualdade”, punindo-se por razões ideológicas.²²⁷

Isto é, as obras literárias não se limitam apenas à vida de uma pessoa; antes, permitem o relato de um povo, os caminhos de uma sociedade e os rumos traçados na historicidade da vida, não se devendo bani-las por razões meramente ideológicas, eis que, em assim se

²²⁶ PASKIN NETO. op.cit. p. 136.

²²⁷ MARTINS NETO. op. cit. p. 17.

procedendo, estar-se-ia a ferir de morte o comando normativo constitucional referente ao livre acesso à informação e à expressão.

Ademais, deve-se pensar naqueles leitores que possuem legítimo interesse em estudar e conhecer os meandros dos períodos históricos complexos e de marcante delicadeza na forma de abordagem, vez que o Estado – ou quem lhe faça as vezes – ao proibir o acesso à determinada peça literária, acaba por inviabilizar o estudo, a ciência e a formação de opinião.

Deve-se advertir, contudo, que o que parece menos salutar ao pleno funcionamento de um Estado Democrático de Direito é a mera supressão da parte desagradável da história, como uma forma de banimento estatal em caráter sancionatório. Ora, como opinar acerca dos elementos deletérios do nazismo se não se permitir o acesso - do indivíduo e da sociedade - aos documentos históricos que atestem os horrores da Alemanha nazista?

A fim de proliferar os questionamentos, vale-se de excerto do voto prolatado pela Ministra Carmem Lúcia no já referido caso das biografias não autorizadas:

Como conhecer a história para reprisar fatos bons e maus e repetir exemplos, negando os negativos, se a obra não pode ser mostrada? Como imaginar que novos holocaustos ocorram sem saber o que os envolveram, quem esteve na frente dos movimentos e como a seus atos chegaram? Como ignorar que é na privacidade que as coxias do poder estatal e social se engendram? Como saber como movimentos artísticos, científicos e políticos nasceram, suas causas, motivações e características se reuniram? ²²⁸

Daí porque Paskin Neto sustenta que as obras de literatura histórica acerca do nazismo devem ser postas à venda nas livrarias ao lado daquelas centenas de obras que repudiam o nazismo, ressaltam o judaísmo, retratam o holocausto e a Segunda Guerra Mundial, a fim de que se proporcione ao leitor uma visão global, mais completa e específica acerca da conjuntura política, histórica e social do movimento nazi, uma vez que tal posição implicaria numa forma de manter incólume a “fidedignidade de toda aquela narrativa, até como artifício de maior garantia de que não irá voltar a acontecer”.

Questiona-se, de igual modo, o risco relativo a aqueles indivíduos mal intencionados, os quais podem ver na autobiografia de Adolf Hitler um chamado à causa nazi, um manual de propagação do ódio. A fim de responder a esta indagação, analogicamente, afirma Carmem Lúcia, usando-se de parábola acerca do diabético e do vendedor de mel, que o risco é natural à vivência em sociedade, e que eventuais abusos devem ser reparados na forma da lei, conforme se vê:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815**. Rel. Min. Carmem Lúcia. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em 28/05/2017. p. 100.

Corre-se risco, é certo, de haver abusos, de se produzirem escritos ou obras audiovisuais para divulgação com o intuito exclusivo de se obterem ganhos espúrios pela amostragem da vida de pessoas com detalhes que não guardam qualquer traço de interesse público. Risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não é se abatendo liberdades conquistadas que se segue na melhor trilha democrática traçada com duras lutas. Repararam-se danos nos termos da lei. O mais doce mel não seria comercializado nem produziria lucro se não tivesse alguém afoito a adquiri-lo. Não se há de condenar cada comprador de mel ou livro ao argumento de se combater a diabetes ou o saber indevido sobre espaços recônditos das pessoas neste último caso.²²⁹

Noutras palavras, não se deve punir o vendedor do mel pelos exageros alimentícios realizados pelo consumidor portador de diabetes; isto é, no caso em apreço, não se deve punir editoras e leitores com genuíno interesse acerca do estudo da Alemanha nazista, sob o argumento da existência do risco de eventual proliferação do ódio aos judeus e a outras minorias, vez que estes abusos podem/devem ser reparados e punidos na forma da legislação infraconstitucional, porquanto “os erros se corrigem segundo o direito, não é se abatendo liberdades conquistadas que se segue na melhor trilha democrática traçada com duras lutas”.

Tais questões, indubitavelmente, dão ensejo a debates profundos, os quais, cedo ou tarde, serão novamente enfrentados pelas cortes brasileiras, cabendo a estas, com atuação dos demais operadores do direito – promotores, advogados e *etc*, definir os contornos e limitações práticas do dizível e do indizível, do publicável e do não publicável.

O debate, portanto, apesar das décadas já decorridas desde o fim do regime nazista, continua atual e sempre profícuo.

Diante do exposto, premente se faz a circulação irrestrita de obras literárias, haja vista a prevalência da garantia constitucional de livre expressão e acesso à informação, argumentando-se, ainda, a lição de tolerância que decorre do exercício de tais liberdades, conforme lição de João dos Passos Martins Neto:

A liberdade de expressão, na qualidade de direito individual, ao mesmo tempo em que a exige, visa educar para a prática da tolerância, ou seja, para o desenvolvimento da capacidade social de autocontrolar o impulso de domesticar e, especialmente, de castigar os diferentes em função de suas crenças e convicções particulares.²³⁰

A controvérsia presente, por isso, deve ser analisada sob um prisma de tolerância, inclusive para fins de combater o nazismo – ou qualquer outra forma de discurso odioso -, apropriando-se do ensinamento de Posner, o qual aduz que “em vez de esquentar o debate público, a tolerância para com o discurso inflamado pode antes esfriá-lo. Isso ocorre porque,

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815**. Rel. Min. Carmem Lúcia. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em 28/05/2017. p. 97.

²³⁰ MARTINS NETO. op. cit. p. 67.

num contexto de tolerância, os integrantes desse debate encontram mais dificuldades para provar que dariam a vida por aquilo que estão pregando”.²³¹

Ou seja, se a liberdade de expressão tem por fundamento ensinar e difundir a tolerância e o combate à censura é porque, de algum modo, pressupõe-se ser ideal que uma sociedade seja tolerante, tendo em vista que, na opinião de Norberto Bobbio, o combate à ingerência estatal indevida e o enaltecimento da liberdade de expressão são necessidades inerentes à própria natureza de verdade, concluindo-se, que:

Responder ao intolerante com a intolerância é certamente algo eticamente pobre e talvez politicamente inoportuno. Não estamos afirmando que o intolerante, acolhido no recinto da liberdade, compreenda necessariamente o valor ético do respeito às ideias alheias. Mas é certo que o intolerante perseguido jamais se tornará um liberal. É melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se desenvolver. Somente uma liberdade em perigo é capaz de se renovar. Uma liberdade incapaz de se renovar transforma-se, mais cedo ou mais tarde, numa nova escravidão.²³²

O caminho da tolerância equivale, pelo exposto, à opção que mais se coaduna com os valores de um regime democrático, o qual valoriza o debate em detrimento da mera imposição mediante censura. Combate-se a intolerância com mais tolerância, portanto, vez que, segundo João dos Passos Martins Neto, “o antídoto para o pensamento malquisto não deve ser o silêncio forçado e a punição do falante, mas o contragolpe da própria liberdade, isto é, mais e mais expressão”.²³³

4.3 Liberdade de expressão, *hate speech* e o *imminent lawless action test*, segundo a Suprema Corte Norte-Americana

Após percorrer os caminhos da previsão e aplicação da norma constitucional referente à liberdade de expressão e de acesso à informação, bem como suas eventuais limitações e o problema do discurso odioso no seio do ordenamento jurídico pátrio e das cortes nacionais, cumpre, nesta altura, elucidar os temas aludidos sob o enfoque do direito norte-americano, com a finalidade de esquadriñar possíveis respostas às indagações já despendidas ao longo do presente trabalho.

No Brasil, como já apontado, no entendimento majoritário estampado na jurisprudência e doutrina nacional, vigora a tese de não aplicabilidade das garantias da livre expressão e informação ao chamado discurso de ódio, em suas variadas formas. De outro norte, a

²³¹ POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 65.

²³² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1990, p. 214.

²³³ MARTINS NETO. op. cit. p. 97.

experiência jurídica e judiciária norte-americana aponta em sentido diverso, conferindo ao *hate speech* tratamento substancialmente diferente, acerca do qual se passa a analisar.

Antes disso, deve-se enfatizar que, de modo geral, nem o direito constitucional moderno nem o direito internacional permitem ou proíbem o discurso do ódio de maneira consistente, clara e delimitada. O que se tem, pelo contrário, são experiências pontuais, de modo que, na comunidade jurídica mundial, tal discurso às vezes é protegido, às vezes não.

Percebe-se, por isso, segundo o jurista alemão Winfried Brugger, que o discurso do ódio é muito mais protegido nos Estados Unidos do que na Alemanha, Canadá e na maioria dos países com constituições modernas, os quais atribuem maior proteção à dignidade, honra e igualdade dos destinatários do discurso do ódio.²³⁴

Na jurisprudência dominante americana, a tutela da liberdade de expressão ganha outra proporção e direção, pelo que afirma Brugger:

Para os americanos, a liberdade de expressão, nela incluído o direito de expressar mensagens de ódio, é um direito prioritário que normalmente prevalece sobre interesses contrapostos de dignidade, honra, civilidade e igualdade. Nos Estados Unidos, o discurso do ódio é visto integralmente como uma forma de discurso, e não de conduta, apesar do fato de que tal discurso possa ser verdadeiramente doloroso para outros.²³⁵

Percebe-se, por isso, uma diferente maneira de lidar com o problema do discurso odioso pelos norte-americanos, segundo os quais se deve dar proeminência à liberdade de expressão no mais das vezes, tendo por base valores históricos e culturais que norteiam o constitucionalismo americano, acerca do que pontua Michel Rosenfeld:

Freedom of speech is not only the most cherished American constitutional right, but also one of its foremost cultural symbols. Moreover, the prominence of free speech in the United States is due to many different factors, including strong preference for liberty over equality, commitment to individualism, and a natural rights tradition derived from Locke which champions freedom from the state - or negative freedom - over freedom through the state - or positive freedom. In essence, free speech rights in the United States are conceived as belonging to the individual against the state, and they are enshrined in the First Amendment to the Constitution as a prohibition against government interference rather than as the imposition of a positive duty on government to guarantee the receipt and transmission of ideas among its citizens.²³⁶

²³⁴ Dentre outras, a experiência alemã ganhou destaque no caso Lüth proferido pelo Tribunal Constitucional Alemão, no qual foi garantida a liberdade de expressão do judeu que presidia o Clube de Imprensa, Eric Lüth, em face do cineasta Veit Harlan. Num cenário pós-guerra, Eric Lüth, entre outros judeus de prestígio e de influência na mídia alemã, resolveram boicotar o filme “Amada Imortal”, de autoria de Veit Harlan, devido ao fato do mesmo ser responsável pela propagação de filmes com ideias nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, apesar do filme não guardar conexão direta com as ideias nazistas. BRUGGER, Winfried. **The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law**, German Law Journal, Vol. 04 No. 01, p. 1. Disponível em: https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dce0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ_Vol_04_No_01_Brugger.pdf. Acesso em 04/05/2017.

²³⁵ BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. Revista de Direito Público, Brasília, v. 15, n. 117, jan.-mar. 2007. p. 8.

²³⁶ Tradução livre: A liberdade de expressão não é apenas o direito constitucional americano mais amado, mas também um dos seus principais símbolos culturais. Além disso, a proeminência da liberdade de expressão nos

Como sobredito, no ordenamento jurídico americano, a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e a liberdade de imprensa estão previstas na Primeira Emenda, acrescentada à Constituição dos Estados Unidos em 1791, compondo uma das dez emendas que estipulam o *Bill of Rights*²³⁷ americano, dispondo o que segue:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.²³⁸

Ao comentar acerca da relação havida entre a importância do discurso e a Primeira Emenda, Owen Fiss sustenta que:

O discurso é tão valorizado pela Constituição, eu sustento, não porque ele é uma forma de auto-expressão ou autorrealização, mas porque ele é essencial para a autodeterminação coletiva. A democracia permite que as pessoas escolham a forma de vida que desejam viver e pressupõe que essa escolha seja feita em um contexto no qual o debate público seja, para usar a agora famosa fórmula do Juiz Brennan, ‘desinibido, robusto e amplamente aberto’.²³⁹

Destarte, é nesse contexto que se desenvolve o paradigma liberal clássico, momento histórico em que “as técnicas de tratamento implementadas para a tutela das liberdades estão extremamente permissivas”, na medida em que o Estado que as garante “se abstém de qualquer

Estados Unidos se deve a muitos fatores diferentes, incluindo uma forte preferência pela liberdade sobre a igualdade, o compromisso com o individualismo e uma tradição de direitos naturais derivada de Locke, que defende a liberdade do estado - ou liberdade negativa - Liberdade através do Estado - ou liberdade positiva. Essencialmente, os direitos de liberdade de expressão nos Estados Unidos são concebidos como pertencentes ao indivíduo contra o Estado e estão consagrados na Primeira Emenda à Constituição como uma proibição contra a interferência do governo e não como a imposição de um dever positivo ao governo de Garantir a recepção e a transmissão de ideias entre os seus cidadãos. ROSENFELD, Michel, **Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis** (April 2001). Cardozo Law School, Public Law Research Paper No. 41. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=265939> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.265939>. Acesso em 01/05/2017. p. 11.

²³⁷ O documento original é sintetizado em dez emendas, que codificam várias ideias, nomeadamente: proibição de religião oficial, livre exercício de religião, liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, direito de petição, de usar armas, de não ser obrigado a alojar tropas, de não se ver importunado por investigações absurdas, necessidade de ordem judicial para buscas em domicílio, especificação da busca na ordem judicial, direito ao júri, de não ser processado mais de uma vez pelo mesmo crime, de não se auto-incriminar, devido processo legal, direito de não se ter propriedade confiscada para uso privado, justa compensação em caso de desapropriação para uso público de propriedade privada, julgamento criminal por júri imparcial, julgamento rápido e público, julgamento no distrito da culpa, regular intimação de acusação penal, direito de contradita, procedimento compulsório para réus em ações penais, direito de consulta e acompanhamento de advogado em casos penais, júri em causas cíveis, razoável estipulação de fiança e multas, proibição de penas cruéis, declaração de que direitos concedidos não excluem outros direitos e de que poderes não expressamente delegados ao governo central pertencem aos estados e seus habitantes. NEUBORNE, Burt. **An Overview of the Bill of Rights**, in Alan B. Morrison (ed.), *Fundamentals of American Law*, pg. 85.

²³⁸ Tradução livre: O Congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou cercear a liberdade de expressão ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment. Acesso em 02/05/2017.

²³⁹ FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

intervenção, consoante o princípio do *laissez-faire*”, como sugerem, em tom crítico, Riva Sobrado de Freitas e Matheus Felipe de Castro:

De outra parte, para o segmento burguês, a defesa das liberdades de forma irrestrita está intimamente ligada ao exercício da sua cidadania como ator social: plena, livre e sem restrições. Dessa forma, dentro da perspectiva liberal/burguesa, as liberdades em geral, e em especial a Liberdade de Expressão, devem ser fruídas sem restrições, justificando inclusive a exclusão social de setores subalternos da sociedade. Em face dos argumentos apontados haveria, no que se refere à Liberdade de Expressão, plena justificativa para a proteção do discurso do ódio, discriminatório que é na sua essência, ainda que pudesse significar a exclusão social de grupos sociais minoritários.²⁴⁰

Como sugerido pelo magistrado Oliver Wendell Holmes Jr, com supedâneo no pensamento de John Stuart Mill, a exemplo do mercado numa concepção liberal, não é papel do Estado proibir a expressão de ideias, ainda que alguém as considere equivocadas. Porquanto, o melhor teste para a verdade é a competição no mercado do discurso, uma espécie de seleção natural de expressão, na qual a boa ideia derrota a ruim, de modo que a livre circulação de ideias permite a formação da opinião na esfera individual e também no âmbito coletivo, cada vez mais madura e mais aperfeiçoada, por conseguinte.

Segundo Holmes, portanto, a correção de uma ideia não depende da consciência dos juízes e jurados, mas da concorrência com outras ideias. Os diferentes pontos de vista em uma sociedade competem entre si em um debate aberto e plural, no qual algumas opiniões têm mais êxito do que outras, dependendo do número de seguidores e da qualidade dos seus argumentos.²⁴¹

Repisa-se que a formulação teórica para os argumentos despendidos por Holmes repousa na vida e obra de John Stuart Mill, o qual sustenta que a liberdade de expressão jamais deve ser restringida *a priori*, uma vez que, se o discurso for silenciado e for verdadeiro, haverá privação do conhecimento da verdade; “se a opinião silenciada for errada, pode haver nela, ainda assim, uma porção de verdade; e, se a opinião estiver errada, será por meio do enfrentamento de opiniões diversas que se chegará ao conhecimento pleno da verdade”.²⁴²

No tocante à importância da opinião, mormente no que diz respeito ao dever de não ingerência do poder público na opinião e subjetividade individual, exclama John Stuart Mill:

²⁴⁰ CASTRO, M. F. de; FREITAS, R. S. de. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. Revista Sequência, Florianópolis, n. 66. p. 327- 355, julho 2013. p. 344.

²⁴¹ LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca. SANTOS, Gustavo Ferreira. **Liberdade De Expressão E Discurso Do Ódio No Brasil**. In: Revista Direito e Liberdade – RDL — v. 16, n. 3, Lisboa: ESMAR, 2014. p. 227-255.

²⁴² RIBEIRO, Raisal Duarte da Silva. **O discurso de incitamento ao ódio e a negação do holocausto: restrições à liberdade de expressão?** 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação em Direitos Humanos) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012. Disponível em: <www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/RaisalDuarteSilvaRibeiro.pdf>. Acesso em: 01/06/2017.

A proteção, portanto, contra a tirania do magistrado não basta. Importa ainda o amparo contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes: contra a tendência da sociedade para impor, por outros meios além das penalidades civis, as próprias ideias e práticas como regras de conduta, àqueles que delas divergem, para refrear e, se possível, prevenir a formação de qualquer individualidade em desarmonia com os seus rumos, e compelir todos os caracteres a se plasmarem sobre o modelo dela própria. Há um limite à legítima interferência da opinião coletiva com a independência individual. E achar esse limite, e mantê-lo contra as usurpações, é indispensável tanto a uma boa condição dos negócios humanos como à proteção contra o despotismo político.²⁴³

Daí que a Primeira Emenda dispõe de nítidas vedações ao Congresso, com o fito de opor limites à atividade legislativa e judiciária, no que toca aos assuntos de liberdade individual. No entanto, os aspectos práticos da observância de tais liberdades foram - e continuam a ser - modelados por decisões proferidas pela *Supreme Court of the United States*, dentre as quais se destaca o paradigmático caso *Brandenburg v. Ohio*, de 1969, a partir do qual se construiu o chamado *Imminent Lawless Action Test*, proposto por Justice Black.

Antes de explanar acerca do teste referido, faz-se necessário tecer breve introito a respeito das circunstâncias fáticas e jurídicas do aludido *landmark case*.

No verão de 1964, no estado americano de Ohio, Clarence Brandenburg, membro da Ku Klux Klan, permitiu a produção de reportagem jornalística para uma emissora de televisão local, com a finalidade de cobrir uma das reuniões do grupo, que aconteceria em Hamilton County, Ohio.²⁴⁴

Assim, a emissora de televisão realizou a filmagem de partes da cerimônia, mostrando, inclusive, homens encapuzados carregando tochas, queimando uma cruz e proferindo discursos de conotação odiosa com relação a determinados grupos étnicos.

Em determinado momento das filmagens, Brandenburg profere discurso afirmando que, na sua opinião, “os negros devem voltar para a África, e os judeus para Israel” e que “nosso Presidente, nosso Congresso e nossa Suprema Corte continuam a suprimir a causa da raça caucasiana”, conforme se extrai da transcrição do discurso constante dos autos:

This is an organizers' meeting. We have had quite a few members here today which are--we have hundreds, hundreds of members throughout the State of Ohio. I can quote from a newspaper clipping from the Columbus, Ohio, Dispatch, five weeks ago Sunday morning. The Klan has more members in the State of Ohio than does any other organization. We're not a revengent organization, but if our President, our Congress, our Supreme Court, continues to suppress the white, Caucasian race, it's possible that there might have to be some revengeance taken. [...] **Personally, I believe the nigger should be returned to Africa, the Jew returned to Israel.**²⁴⁵
(grifou-se)

²⁴³ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010.

²⁴⁴ O relato processual aqui exposto foi extraído de material didático disponibilizado pela Boston College, disponível em: http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/brandenburg.html. Acesso em 04/05/2017.

²⁴⁵ Tradução livre: Esta é uma reunião de organizadores. Nós tivemos alguns membros aqui hoje que são - nós temos centenas, centenas de membros em todo o Estado de Ohio. Posso citar um recorte de jornal do Columbus,

Por tais afirmações, o líder do Ku Klux Klan de Ohio foi condenado criminalmente, por delito previsto na legislação penal de Ohio (*Ohio Criminal Syndicalism Law*) de apologia ao crime, na seguinte forma: "*advocating the duty, necessity, or propriety of crime, sabotage, violence, or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing industrial or political reform*" e por "*voluntarily assembling with any society, group, or assemblage of persons formed to teach or advocate the doctrines of criminal syndicalism*", sendo condenado, em primeiro grau, à pena de 10 anos de reclusão e à multa de US\$ 1.000 (mil dólares).

Após a condenação, Brandenburg contestou a constitucionalidade dos tipos penais previstos no Ohio Criminal Syndicalism Law, alegando que os crimes nos quais fora condenado não guardam consonância com o teor da já aludida Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Por unanimidade, contudo, a *Court of Common Pleas* de Ohio negou provimento ao recurso interposto pelo condenado, sustentando não haver inconstitucionalidade nos dispositivos de lei impugnados.

Ao analisar a demanda, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu pela integral reversão da condenação, sustentando que, a despeito do alto grau de reprovabilidade moral, os discursos proferidos pelo acusado estariam protegidos pela liberdade de expressão consagrada na Primeira Emenda.

A Corte constatou, ainda, a falta de evidência do incitamento à violência (*incitement to violence*), uma vez que o líder do Ku Klux Klan defendeu ideias abstratas e com convicção, não cabendo ao Estado invadir o espaço da crença e da consciência, salvo situações de flagrante violência ou efetivo dano causado a terceiros, consoante síntese da decisão colacionada:

Appellant, a Ku Klux Klan leader, was convicted under the Ohio Criminal Syndicalism statute for "advocat[ing] . . . the duty, necessity, or propriety of crime, sabotage, violence, or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing industrial or political reform" and for "voluntarily assembl[ing] with any society, group or assemblage of persons formed to teach or advocate the doctrines of criminal syndicalism." Neither the indictment nor the trial judge's instructions refined the statute's definition of the crime in terms of mere advocacy not distinguished from incitement to imminent lawless action. Held: Since the statute, by its words and as applied, purports to punish mere advocacy and to forbid, on pain of criminal punishment, assembly with others merely to advocate the described type of action, it falls within the condemnation of the First and Fourteenth Amendments. **Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing**

Ohio, Dispatch, há cinco semanas na manhã de domingo. O Klan tem mais membros no Estado de Ohio do que qualquer outra organização. Não somos uma organização vingativa, mas se o nosso Presidente, nosso Congresso, nosso Supremo Tribunal, continuar a suprimir a raça branca, é possível que possa haver alguma vingança. [...] Pessoalmente, creio que o negro deve ser devolvido à África e o judeu a Israel. Disponível em: http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/brandenburg.html. Acesso em 04/05/2017.

imminent lawless action and is likely to incite or produce such action. Whitney v. California, 274 U.S. 357, overruled. (grifou-se).²⁴⁶

Isto é, segundo Sarmento, a decisão da Suprema Corte, sem sequer adentrar na questão do racismo, considerou inconstitucional a lei do estado de Ohio, “porque entendeu que ela punia a defesa de uma ideia”, o que seria plenamente incompatível com os corolários da liberdade de expressão, na medida em que:

O entendimento jurisprudencial que se firmou ao longo do tempo foi de que, como as restrições ao *hate speech* envolvem limitações ao discurso político baseadas no ponto de vista do manifestante, elas são, em regra, inconstitucionais. Assim, nem a difusão das posições racistas mais radicais e hediondas pode ser proibida ou penalizada. Isto porque entende-se que o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, ainda que considere algumas delas abjetas, desprezíveis ou perigosas.²⁴⁷

Por tal raciocínio, Sarmento conclui que, segundo a Suprema Corte americana, “até mesmo as concepções defendidas abstratamente advogadas pela Ku Klux Klan devem receber a mesma proteção conferida pela Primeira Emenda”, assim como “as manifestações em favor dos direitos humanos e da igualdade”, uma vez que não cabe ao Estado ingerir sobre razões meramente ideológicas e estados do espírito do indivíduo.²⁴⁸

Por óbvio, admitir-se-iam, como exceção, restrições às manifestações que, pela sua natureza, pudessem provocar uma imediata reação violenta da audiência e ultrapassasse a barreira do mero discurso, passando, objetivamente, a incitar a conduta violenta, naquilo que, como dito, passou-se a chamar de *incitement to violence*.

Outra situação de excepcionalidade, segundo os americanos, diz respeito às chamadas palavras que induzem à quebra de paz, denominadas *fighting words*²⁴⁹. A esse respeito, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao conceituar as chamadas *fighting words* no contexto do direito brasileiro, apontam:

Dessa doutrina também resulta que palavras belicosas - *fighting words* tampouco estariam abrangidas pela liberdade. Palavras que configuram estopins de ação, em vez

²⁴⁶ Tradução livre: O apelante, um líder do Ku Klux Klan, foi condenado nos termos do estatuto de sindicalismo criminal de Ohio por "defender [...] o dever, a necessidade ou a propriedade do crime, a sabotagem, a violência ou os métodos ilegais de terrorismo como meio de realização industrial Ou reforma política "e para" reunir-se voluntariamente com qualquer sociedade, grupo ou assembleia de pessoas formadas para ensinar ou defender as doutrinas do sindicalismo criminal ". Nem a acusação nem as instruções do juiz de julgamento refinaram a definição do crime em termos de mera advocacia, que não se distingue da incitação a uma iminente ação ilegal. Retirado: uma vez que o estatuto, por suas palavras e como aplicado, pretende punir mera advocacia e proibir, sob pena de punição criminal, reunir-se com outros meramente para defender o tipo de ação descrito, está dentro da condenação do Primeira e Décima Quarta Emenda. As liberdades de expressão e de imprensa não permitem que um Estado proíba defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando essa advocacia é direcionada para incitar ou produzir ações iminentes ilícitas e com probabilidade de que produza tal ação. Disponível em: http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/brandenburg.html. Acesso em 01/06/2017.

²⁴⁷ SARMENTO. op. cit. p. 9.

²⁴⁸ Ibid. op. cit. p. 10.

²⁴⁹ Ibid. op. cit. p. 11.

de pautas de persuasão, não se incluem na garantia constitucional. Isso não pode significar, contudo, que palavras duras ou desagradáveis estejam excluídas do âmbito de proteção da liberdade de expressão. A diferença entre uma discussão robusta e uma diatribe repelida pela Constituição está em que, no primeiro caso, há chance e oportunidade de se corrigirem os erros do discurso, expondo a sua falsidade e as suas falácias, evitando o mal por meio de um processo educativo. Nesses casos, o remédio seria mais liberdade de expressão, mais discurso. No caso desviado da Constituição, essa perspectiva não existe.²⁵⁰

Portanto, afastando a ocorrência das *fighting words* e dos *incitement to violence*, a Suprema Corte Norte-Americana reverteu a condenação de Brandenburg nas cortes inferiores, sob a *ratio decidendi* de que não cabe ao estado punir “perorações de natureza abstrata que advogassem o uso da violência ou a violação da lei”, e, enfim, “admitiu o discurso puramente sedicioso que não provocasse um perigo iminente à vítima ou grupo atingido pela manifestação abstrata”, com fundamento no que veio a se chamar de *Imminent Lawless Action Test*.²⁵¹

Conforme lição de Chemerinski, o *Imminent Lawless Action Test* pode ser entendido como um possível parâmetro para apontar se, no caso concreto, há (ou não) uma ação ilegal iminente, analisando-se, para isso, três elementos cumulativos que o caso em apreço deve fornecer ao julgador: a) intento de causar dano a terceiro (*intent*); b) iminência do dano (*imminence*); e c) probabilidade de ocorrência da conduta tida por criminosa (*likelihood*).²⁵²

O objetivo do aludido teste, portanto, consiste em ponderar acerca da proteção de dois bens jurídicos igualmente relevantes e que precisam ser objeto de tutela eficaz na ordem democrática, quais sejam: de um lado, a liberdade de expressão e de informação; de outro, a integridade individual de grupos ou pessoas atacadas por determinado discurso abstratamente proferido.

Em suma, extrai-se do chamado *Imminent Lawless Action Test* que discursos meramente abstratos, mesmo que de caráter imoral, contramajoritário, indecente ou dissidente, não são passíveis de reprimenda sancionatória pelo Estado, sob pena de incorrer em censura.

Todavia, caso o discurso proferido venha a demonstrar o intento, a iminência e a probabilidade de ocorrência de determinado delito, estar-se-ia numa zona que excede o limite do discurso constitucionalmente protegido, tal como ocorre no caso das incitações à violência e das *fighting words*, isto é, aquelas manifestações que, pela sua natureza, podem provocar uma imediata reação violenta em quem ouve.

²⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁵¹ PASKIN NETO. Op. cit. p. 133.

²⁵² CHEMERINSKI, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 3ª ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2006. p. 999.

Por isso, segundo Owen Fiss, o aludido teste é a superação de outros já formulados pela Corte em outros precedentes, dentre eles o *Bad Tendency Test*, segundo o qual a liberdade de expressão poderia ser mitigada quando se identificasse que a única intenção da fala seria a de incitar ou causar um comportamento ilegal, extraído-se do precedente *Whitney vs. California*, em que acusada fora condenada por simplesmente estar associada ao partido comunista, isto é, por razões meramente ideológicas, em um dos precedentes mais polêmicos oriundos da Suprema Corte, cujo entendimento só veio a ser superado com o mencionado *Brandenburg vs. Ohio*, o qual continua vigente desde então.²⁵³

O referido teste (também chamado de *Brandenburg Test*) consiste num aperfeiçoamento do *Clear And Present Danger Test*, formulado por Oliver Wendell Holmes, no caso *Schenk v. United States*, em 1919, no qual se proferiu a célebre afirmação de que a liberdade de expressão não protege aqueles que gritam falsamente “fogo” num cinema lotado.²⁵⁴

A superação dos testes passados pelo *Brandenburg Test* se dá pelo fato de que não mais se fala mais no “perigo que o discurso representa, e sim na ação ilegal, concreta e iminente que ele pode vir a causar”, de modo que “não mais pode ser punido um discurso que apresente um perigo abstrato, relativo, ou que dependa das circunstâncias para ser caracterizado”, sendo necessário para haver condenação, a probabilidade e a iminência de uma ação ilegal concreta, aponta Chemerinski.²⁵⁵

Todavia, oportuno destacar a crítica tecida por Paullina Luise Bochi, ao apontar que os critérios pretensamente objetivos firmados a partir do *Brandenburg Test* não são tecnicamente tão precisos como se propõem, uma vez que a Corte Suprema não cuidou de especificar, de modo pormenorizado, o que deve-se entender por *intent*, *imminent* e *likelihood*, consoante se vê:

Outro aspecto intrigante na decisão de *Brandenburg v. Ohio* é que, por mais que tenham sido definidos critérios objetivos para os julgamentos de casos envolvendo o e a liberdade de expressão, a Suprema Corte não especificou claramente como esses critérios – intenção (do agente), iminência e probabilidade (da ação) – devem ser avaliados. Por exemplo, não fica claro, em relação à ação ilegal que o discurso pode vir a causar, se quanto mais grave o perigo dela, menor a necessidade de sua iminência ou probabilidade, ou se seria necessário a existência de certa iminência e probabilidade não importando quão grave a ação. Da mesma forma, não fica clara a definição de “intenção” e o que deve ser provado para estabelecê-la.²⁵⁶

²⁵³ FISS, Owen M. **A Ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁵⁴ *Schenck vs. United States*, 249 U.S. 47 (1918).

²⁵⁵ CHERMERINSKI, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 3ª ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2006. p. 1001.

²⁵⁶ BOCHI, Paullina Luise. **A liberdade de expressão e o discurso do ódio no contexto norte-americano e brasileiro**. 2014. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2014.

Malgrado as críticas desferidas acerca do posicionamento da Suprema Corte nos casos de *hate speech*, a partir do precedente ora em discussão, tem-se que o caso *Brandenburg*, na opinião de Richard Fallon, simboliza “a extensão com que a Primeira Emenda põe a salvo a liberdade de expressar o que Holmes denominou de ‘as ideias que odiamos’”, hábil a proteger até mesmo “as ideias mais remotamente políticas, mesmo quando isso implicar em custos palpáveis – por exemplo, para os alvos do discurso, como os de *Brandenburg*”.²⁵⁷

No que tange à utilização do aludido teste envolvendo manifestação nazista, forçoso destacar um dos casos mais emblemáticos julgados no Judiciário norte-americano nesse tocante: o *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*.

Em 1977, Frank Collin, membro do Partido Nazista da América, estava a organizar uma passeata, composta por pessoas trajadas de uniformes militares nazistas e portando bandeiras com suásticas, no município de Skokie, em Chicago. Destaca-se que o município, à época, possuía cerca de 70.000 habitantes, dos quais 40.000 eram judeus e 5.000 sobreviventes do Holocausto judeu da Segunda Guerra Mundial, aproximadamente.²⁵⁸

Ato contínuo, alegando excesso de liberdade de manifestação, o município pugnou judicialmente pela não realização do manifesto nazista em solo americano, cuja demanda fora julgada improcedente pela Suprema Corte de Illinois, sob o fundamento de que “o uso da suástica é uma forma simbólica de liberdade de expressão com direito à proteção da Primeira Emenda”²⁵⁹ e que a pauta do manifesto não constituía forma de *incitement to violence*, merecendo guarida constitucional, portanto.²⁶⁰

Irresignado, o município de Skokie editou normas locais que criavam uma série de embaraços e imbróglios burocráticos à realização do evento, todavia, tais normas foram julgadas inconstitucionais pela *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*, por violação à liberdade de expressão, em decisão cujo mérito a Suprema Corte não se manifestou.

Curiosamente, após a vitória nos tribunais, os neonazistas preferiram realizar a sua manifestação em Chicago – não mais em Skokie - pelo que assim o fizeram sob proteção policial para impedir que fossem atacados pelo público.

²⁵⁷ FALLON Jr., Richard H., **The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law**. 8ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 41.

²⁵⁸ SARMENTO. Op. cit. p. 8.

²⁵⁹ Diferentemente, no ordenamento jurídico brasileiro, a propaganda nazista, em qualquer hipótese, incluindo a divulgação da cruz suástica ou gamada é tipificada como crime, na forma insculpida no artigo 20, §1º, da Lei 7.716/89: 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. § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. BRASIL. **Lei n. 7.716/89**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em 06/05/2017.

²⁶⁰ *Skokie vs. Nationalist Socialist Party of America*, 373 N.E.2d 21 (1978).

O fundamento pelo qual a Corte de Apelação local afirmou a inconstitucionalidade dos atos normativos expedidos pelo município de Skokie remetia-se ao aludido *Brandenburg Test*, uma vez que, por se tratar a manifestação política de discursos meramente abstratos, na forma de opinião – sem a iminência de decorrente ação ilegal, portanto – entendeu-se que tais restrições violariam a Primeira Emenda, sendo, em regra, inconstitucionais.

Dentre as razões pelas quais tal precedente não apresenta maiores riscos à paz pública americana, destaca Michel Rosenfeld que “devido à marginalidade conferida aos nazistas e por não terem relevante influência no território americano”, a marcha nazista serviu tão somente para mostrar “seu isolamento e impotência para promover sua causa”, pelo que conclui:

Because of their very marginality, and because they had no sway over the larger non-target audience in the United States, the actual march by the Neo-Nazis did much more to showcase their isolation and impotence than to advance their cause. Under those circumstances, allowing them to express their hate message probably contributed more to discrediting them than would have been the case had the prohibition against their march been upheld by the courts. Because of contextual factors prevalent in the United States during the late 1970's, the result in the Skokie case may appear to be pragmatically justified, and to fit within a stage three conception of free speech. Indeed, in as much as the Neo-Nazi message had no appeal, and reminded its listeners of past horrors as well as of the fact that the United States had to go to war against Hitler's Germany, it could conceivably be analogized to a vaccine against total complacency. Moreover, by the very falsehood of its ring, utterance of the Neo-Nazi message could well be interpreted as reinforcing the belief in a need for virtually unlimited free speech associated with the justification from the pursuit of the truth.²⁶¹

Ou seja, nas circunstâncias aludidas, aponta Rosenfeld que proibir os neonazistas poderia causar o efeito inverso, de modo a conferir mais atenção e curiosidade pelo discurso por eles proferido; *a contrario sensu*, a permissão da manifestação dos nazistas naquelas circunstâncias, por sua vez, contribuiu para desacreditá-los ainda mais perante a população norte-americana.

Ao abordar a problemática do *hate speech* à luz do ordenamento e jurisprudência norte-americana, Edwin Baker questiona acerca da real eficácia positiva da criminalização do

²⁶¹ Tradução livre: Devido à sua própria marginalidade, e porque não tinham influência sobre a maior parte do público americano, a marcha realizada pelos neonazistas fez muito mais para mostrar seu isolamento e impotência do que para promover sua causa. Nestas circunstâncias, permitir-lhes expressar a sua mensagem de ódio provavelmente contribuiu mais para desacreditá-los do que teria sido o caso se a proibição contra a sua marcha fosse confirmada pelos tribunais. Devido aos fatores contextuais prevalentes nos Estados Unidos durante o final dos anos 70, o resultado no caso Skokie pode parecer pragmaticamente justificado e encaixar-se dentro de uma concepção da liberdade de expressão. De fato, na medida em que a mensagem neonazista não tinha nenhum apelo, e lembrou seus ouvintes de horrores passados, bem como do fato de que os Estados Unidos tiveram que ir à guerra contra a Alemanha de Hitler, poderia ser analogamente concebido como uma vacina contra complacência total. Além disso, pela própria falsidade de suas ideias, a expressão da mensagem neonazista poderia muito bem ser interpretada como reforçando a crença na necessidade de praticamente ilimitada liberdade de expressão associada à justificação da busca da verdade. ROSENFELD, Michel, **Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis** (April 2001). Cardozo Law School, Public Law Research Paper No. 41. P. 24. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.265939>. Acesso em 01/05/2017.

discurso odioso, propondo que estes discursos sejam combatidos com mais tolerância e com a reafirmação da liberdade de expressão, ao afirmar:

My main pragmatic point, I suppose, is to doubt the validity of the hypothesis that a legal prohibition of (necessarily only some) racist speech, speech which admittedly occurs in contexts that produce genocidal results, would contribute to preventing such events. More specifically, the empirical suppositions justifying this opposition to hate speech regulation are: 1) Speech prohibitions will be ineffective. Contexts in which genocide practices occur are ones in which enforcement of hate speech prohibitions will not occur and the development of such contexts will not be effectively prevented by earlier attempts to legally suppress hate speech. Too many bigoted practices and expressions will fly below the radar screen of any speech prohibitions. (2) Regulation of hate speech may affirmatively contribute to the rise of racist genocidal cultures or polities. (3) A key though hardly the only element in the most effective strategy of preventing the rise of such a culture or polity is to provide for more robust protection of speech.²⁶²

Por tais critérios, sintetiza Daniel Sarmiento que o Judiciário norte-americano, em mais uma posição de prevalência à liberdade, reafirmou que nem a difusão das posições mais radicais e hediondas, enquanto manifestação puramente abstrata, podem ser proibidas ou penalizadas. Isto porque, entende-se que o Estado deve adotar “uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, ainda que considere algumas delas abjetas, desprezíveis ou perigosas”.²⁶³

Como já exposto no capítulo terceiro do presente trabalho, o Judiciário brasileiro, a exemplo de outras Cortes constitucionais – dentre elas a Alemanha e Canadá - concebe, no mais das vezes, como criminoso o discurso de ódio, tal como explicitado no já elucidado caso Ellwanger.

Por isso, deve-se destacar que, apesar de marcante e contundente, o posicionamento norte-americano é, de fato, minoria quando comparado a outras democracias constitucionais, conforme aponta Anthony Lewis:

Os Estados Unidos diferem da maioria das outras sociedades ocidentais no tratamento que dão ao discurso do ódio. Na Alemanha é crime, e um crime grave, exibir a suástica ou qualquer outro símbolo nazista. Em onze países europeus é crime dizer que o Holocausto não aconteceu, que nos anos do nazismo alemães não assassinaram

²⁶² O meu principal ponto pragmático, suponho, é duvidar da validade da hipótese de que uma proibição legal de (necessariamente apenas alguns) discurso racista, discurso que reconhecidamente ocorre em contextos que produzem resultados genocidas, contribuiria para prevenir tais eventos. Mais especificamente, os suposições empíricas que justificam essa oposição para odiar a regulação do discurso são: 1) As proibições de fala serão ineficazes. Os contextos em que as práticas de genocídio ocorrem são aqueles em que a aplicação das proibições de fala de ódio não ocorrerá e o desenvolvimento de tais contextos não será efetivamente impedido por tentativas anteriores de suprimir legalmente discurso de ódio. Muitas práticas e expressões intolerantes vão voar abaixo da tela do radar de qualquer proibição de fala. (2) O regulamento do discurso de ódio pode contribuir afirmativamente para o surgimento de culturas ou políticas genocidas racistas. (3) Uma chave, porém, dificilmente o único elemento da estratégia mais eficaz de impedir o surgimento de tal cultura ou política é prover uma proteção de fala mais robusta. BAKER, Edwin. **Hate Speech and Incitement to Violence**. Workshop Series Spring 2009 Posted. Disponível em: <http://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/law-culture/files/hate-speech-files/Hate-Speech-C-Edwin-Baker.pdf>. Acesso em 08/05/2017.

²⁶³ SARMENTO. op. cit. p. 8.

judeus. É assim também no Canadá, e a Suprema Corte canadense decidiu que os que negam o Holocausto podem ser processados e punidos, apesar de a livre expressão ser garantida pela Constituição do país. Nos Estados Unidos, a Primeira Emenda protege o direito de negar o fato do Holocausto.²⁶⁴

Assim é que o posicionamento norte-americano, por sua ousadia, não é isento de severas críticas a respeito da conotação deveras opressiva que a liberdade de expressão pode ganhar em mãos de determinados indivíduos, tal como alerta Owen Fiss:

No que tange à própria liberdade, predomina no pensamento jurídico norte-americano uma concepção muito formal deste valor, que tende a abstrair-se da opressão real exercida no mundo da vida sobre sujeitos de carne e osso. Esta visão, ao negligenciar os constrangimentos fáticos para o exercício da autonomia individual presentes nas próprias estruturas sociais, acaba empobrecendo a liberdade, ao equipará-la à mera ausência de coação estatal sobre os indivíduos. Em matéria de liberdade de expressão, ela ignora a força silenciadora que o discurso opressivo dos intolerantes pode exercer sobre os seus alvos.²⁶⁵

Diante disso, sem perder de vista a temática central da presente monografia, importa analisar a proibição judicial de *Mein Kampf*, sob o enfoque do *Imminent Lawless Action Test*, a fim de se esquadriñar possível solução ao caso em apreço.

Ao tornar à decisão liminar proferida pelo Juízo da 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro e ao modelo brasileiro de criminalização do discurso odioso, percebe-se que a experiência brasileira diverge frontalmente do entendimento consolidado da jurisprudência norte-americana.

No entanto, mesmo ciente das aludidas ressalvas, para fins comparativos, caso se submetesse a proibição judicial ao acesso à autobiografia de Adolf Hitler ao mencionado *Brandenburg Test*, poder-se-ia chegar a uma conclusão oposta àquela contida na decisão liminar proferida pelo Judiciário fluminense que retirou a “bíblia do nazismo” de circulação.

Isso porque, a despeito do caráter polêmico da obra de Adolf Hitler, os escritos nela contidos e sua veiculação em livrarias e bibliotecas não apontariam para o cumprimento cumulativo dos elementos constituintes de um discurso que resulta numa ação ilegal e iminente, a saber: intento, iminência e probabilidade de ocorrência do dano.

Muito embora o teor da obra questionada seja polêmico, tem-se, entretanto, que não se pode conferir às palavras estampadas no *Mein Kampf* a potência de incitarem, por si só, objetivamente, a violência (*incitement to violence*), haja vista que a autobiografia de Adolf

²⁶⁴ LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana**. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. p. 187-188.

²⁶⁵ FISS, Owen. **A Ironia da Liberdade de Expressão**, op. cit., pp. 33-66; e Catharine A. Mackinnon. *Only Words*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 03-42.

Hitler cuida de tratar elementos a respeito de sua história, cosmovisão e posicionamento político, tecendo, por vezes, fortes e contundentes críticas aos judeus e a outras minorias.

Destaca-se que inexistem no bojo da obra em análise qualquer comando objetivo e inequívoco à violência ou ao extermínio dos judeus; diversamente, é possível depreender, a partir do texto, marcante discurso odioso de conotação racial, entretanto, tais afirmações são manifestas enquanto opinião de Hitler, e não como chamados à quebra de paz ou à incitação à violência.

Historicamente, quando da elaboração de *Mein Kampf*, Adolf Hitler, em 1925, não advogava – ao menos publicamente - a tese de extermínio dos judeus e de outras minorias étnicas. Os horrores do holocausto só passaram a ser postos em prática a partir da inauguração dos primeiros campos de concentração em 1934, a começar por Dachau, próximo a Munique.²⁶⁶

O fato é que os critérios utilizados no *Brandenburg Test*, em verdade, se propõem a constituir elementos objetivos de conduta, e não meras ilações subjetivas ou abstratas da mensagem de ódio. Isso porque muito embora o livro de Hitler contenha inegáveis elementos de aversão aos judeus, a mensagem nele disposta não implica em uma ação ilegal iminente, por não estar caracterizada de forma inequívoca a incitação à violência ou à quebra de paz.

Nessa toada, Meyer-Pflug afirma que, sob à ótica de liberdade de expressão na concepção norte-americana, o discurso do ódio encontra-se “no mundo das ideias” e se utiliza de expressões que muitas vezes “podem ser consideradas provocadoras, incitadoras e que intimidam o grupo social ao qual se destinam, mas ainda assim são só palavras”, e não condutas, não podendo, por isso, serem criminalizadas.²⁶⁷

A reflexão é polêmica, invariavelmente, pelo que o exemplo americano, na visão de Daniel Sarmiento, aponta que “as concepções defendidas por Hitler ou pela Ku Klux Klan têm de receber a mesma proteção do Poder Público do que as manifestações em favor dos direitos humanos e da igualdade”, tendo como exceção os discursos de *incitement to violence* e as *fighting words*, os quais materializam o ódio, que excede o campo das ideias abstratas, e alcança o plano das condutas humanas, sendo tais exceções, por tais razões, perfeitamente passíveis de repressão criminal.²⁶⁸

Ao Estado recai o poder/dever de punir condutas que sejam cumulativamente típicas, ilícitas e culpáveis, observada a estrita legalidade e os demais princípios inerentes ao direito

²⁶⁶ United States Holocaust Memorial Museum. **Enciclopédia do Holocausto: Linha Cronológica**. 2015. Disponível em: <https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10007653>. Acesso em 10/06/2017.

²⁶⁷ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 132.

²⁶⁸ SARMENTO. op. cit. p. 13.

penal; por outro lado, a mesma reprimenda penal não alcança o pensamento e a opinião meramente abstrata. Pune-se, enfim, condutas, e não pensamentos.

Sob tal perspectiva, é de se reconhecer que a liberdade de expressão tem como objetivo a garantia da diversidade de opiniões, não apenas das ideias suaves, serenas, nobres ou morais, mas também de ideias asquerosas, esdrúxulas, grosseiras, chocantes, infundamentadas e conflituosas.

Portanto, valendo-se das palavras de Raisia Ribeiro, tem-se que a criminalização de liberdade de expressão não somente “falha em combater o incitamento de ódio”, como também “falha ao eliminar o espaço do debate e da transformação de ideias”, de modo que proibir determinados assuntos seria uma “forma superficial de enfrentar o problema, já que o mesmo seria apenas na aparência resolvido, mas não na realidade, pois, interna e ocultamente, o problema continuaria existindo”.²⁶⁹

²⁶⁹ RIBEIRO, Raisia Duarte da Silva. **O Discurso De Incitamento Ao Ódio E A Negação Do Holocausto: Restrições À Liberdade De Expressão?** Instituto Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012. p.28.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após percorrer os caminhos da previsão e aplicação da norma constitucional referente à liberdade de expressão e de acesso à informação, mormente no que tange à proibição de natureza judicial da edição e veiculação dos exemplares de *Mein Kampf*, pode-se tecer alguns apontamentos derradeiros.

Ressalta-se, de antemão, que Adolf Hitler, quiçá, seja uma das figuras históricas mais odiadas no mundo ocidental. Não obstante tal fato, tem-se que pouco se conhece acerca de como pensava, de como vivia e dos devaneios que levaram Adolf a se tornar o líder político que veio a ser.

Viu-se que o nazismo, enquanto ideologia de estado, na Alemanha da primeira metade do século XX, pode ser visto como um movimento político cujos valores predominantes, delineados por Adolf Hitler, Joseph Goebbels e outros, deram ensejo a um dos momentos mais dramáticos e perturbadores da história humana.

Somado à morte de milhões de judeus e de outras minorias, o movimento nazista suprimiu direitos e garantias individuais, negando acesso à informação e queimando, em praça pública, obras literárias cujos conteúdos eram abominados pelo regime político dominante. Os censores de plantão passaram a filtrar o fluxo de informação, num estado no qual a censura tornou-se regra, ao invés de rara exceção.

O resultado de tais ingerências e menoscabos ao indivíduo e à coletividade, por óbvio, não poderia ser diferente: a difusão e consolidação de um estado totalitário, perseguidor, acrítico e insensível à multilateralidade da existência e desrespeitoso aos direitos e garantias individuais mais elementares num Estado Democrático de Direito, culminando com a morte de milhões de inocentes.

No segundo momento, cuidou-se de tratar da decisão judicial que, em caráter liminar, proibiu a edição, venda e distribuição dos exemplares de *Mein Kampf*, a despeito da queda em domínio público, em face da decorrência dos 70 (setenta) anos contados da morte de Adolf Hitler. Com supedâneo no caso Ellwanger, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como apoiado em argumentos concernentes à proeminência da dignidade da pessoa humana e ao combate à discriminação racial, em seis laudas, o magistrado singular deferiu o pedido ajuizado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para fins de proibir a distribuição da chamada “bíblia do nazismo”.

Ato contínuo, em um último capítulo de desenvolvimento, debruçando-se sobre as normas fundamentais de liberdade de expressão e de acesso à informação, bem assim acerca da

vedação à censura prévia e da análise da jurisprudência pátria e estrangeira, buscou-se abordar as razões pelas quais a autobiografia de Adolf Hitler pode/deve circular e ser lida.

Ao encerrar a presente monografia, deve-se confessar algumas conclusões acerca da pesquisa ora realizada:

a) Em primeiro lugar, impende pôr em pauta a delicadeza do assunto aqui tratado, sobretudo porque, ao autor desta monografia, coube a curiosa tarefa de analisar uma obra de conotação autobiográfica e, ao mesmo tempo, panfletária, acerca de uma ideologia e valores os quais o tempo comprovou ser uma das mais nocivas experiências da história humana;

b) A queda em domínio público de *Mein Kampf* reinaugurou e reaqueceu o debate atinente aos limites da liberdade de expressão quanto aos escritos de ódio e às ideias tidas pela maioria como impopulares, repulsivas e abjetas. A despeito do conteúdo infame da obra, em países como Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos e Portugal, está-se a comercializar e divulgar edições críticas da obra, sob o argumento de que se deve conhecer a história, a fim de que erros históricos não mais se repitam na posteridade.

Destaca-se, por oportuno, conforme mencionado ao longo da presente pesquisa, que em meados de janeiro de 2017, um ano depois do lançamento, uma das editoras alemãs afirmou que mais de 85 mil cópias já haviam sido vendidas, o que justificaria a confecção de uma sexta tiragem da obra, em pleno solo alemão. Ademais, desde meados da década de 1980, em Israel, a obra já vinha sendo objeto de estudo e pesquisa no seio da Universidade de Jerusalém, vez que reconhecido o valor histórico inerente ao livro.

No Brasil, contudo, a solução judicial ao caso parece tergiversar;

c) Ademais, curiosamente, ao autor desta pesquisa cumpriu o dever de acessar e realizar a leitura de *Mein Kampf*, com o escopo óbvio de analisar seu teor e elencar trechos que apontam o cerne do pensamento nazista; entretanto, percebeu-se que, no Brasil, desde os tempos da Era Vargas, não há qualquer edição oficial da obra em língua portuguesa, de modo que ao autor coube reportar-se às edições críticas em língua inglesa para fins de referência e prosseguimento do estudo científico.

Donde exsurge a primeira indagação a respeito da decisão judicial analisada, uma vez que tal tutela jurisdicional, ao retirar da população, irrestritamente, o acesso ao livro, acaba por inviabilizar, inclusive, o desenvolvimento científico e o debate acerca da obra em âmbito acadêmico, tudo isso sob o belo – porém vazio e incerto – argumento segundo o qual se está a “proteger a dignidade da pessoa humana”;

d) Como já dito, o recorrente uso da expressão “dignidade da pessoa humana” e a respectiva vagueza conceitual, bem como o excessivo uso da teoria da ponderação de princípios

enquanto técnica de julgamento, apontam, na verdade, para uma insegurança jurídica patente nos tribunais pátrios.

Explica-se.

Ao se analisar os votos dos ministros que faziam parte da composição do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do já mencionado – à exaustão – caso *Ellwanger*, percebe-se que a divergência dos votos, sobretudo a partir da fundamentação do Min. Carlos Ayres Britto, em oposição ao posicionamento firmado pelo Min. Gilmar Mendes, apresentam, contudo, os mesmos fundamentos, a saber: a dignidade da pessoa humana e a ponderação de princípios decorrentes da colisão de direitos fundamentais no combate ao racismo.

Distanciando-se dos marcos teóricos que repousam em Dworkin e Alexy, o Poder Judiciário brasileiro passou a fazer uso da ponderação de princípios como técnica de julgamentos nos chamados *hard cases*; todavia, circunstâncias há em que a mesma teoria de resolução de antinomias fundamentais é utilizada para sustentar opiniões diametralmente opostas, tal como ocorre no caso *Ellwanger*.

Nesse aspecto, poder-se-ia sustentar a proibição da edição da autobiografia de Adolf Hitler com fulcro na dignidade da pessoa humana e na solução por ponderação de princípios, aduzindo-se que o teor racista da obra a inviabiliza de circular; por outro lado, também com supedâneo no mesmíssimo fundamento da dignidade da pessoa humana e da ponderação de princípios, pode-se defender a livre circulação da obra em análise, sob o pálio da liberdade de expressão, do direito à informação e do acesso às fontes culturais, precipuamente em decorrência do valor histórico-literário inerente ao livro em tela.

Isto é, com fundamento na mesma teoria de ponderação e colisão de princípios, chega-se às conclusões vertiginosamente opostas. Logo, é de se concluir que o Judiciário brasileiro carece de elementos mais objetivos para se estipular os eventuais limites decorrentes do exercício da livre expressão;

e) Por tais razões, considerando a completa inexistência de critérios objetivos para se aferir as limitações ao direito de expressão de ideias e de acesso à informação, no ordenamento jurídico brasileiro, buscou-se, ao fim do último capítulo desta monografia, valer-se do exemplo norte-americano no que tange à teorização do *imminent lawless action test*, com o modesto escopo de sugerir uma possível abordagem acerca da delimitação de critérios objetivos a serem levados em consideração pelo julgador em matéria de liberdade de expressão.

Como reafirmado, o teste proveniente do *Brandenburg v. Ohio*, formulado pela Suprema Corte Norte-Americana, não está isento de críticas; todavia, tal abordagem permite ao

jugador elementos mais concretos e precisos quando do julgamento de casos de difícil solução, no âmbito específico da liberdade de expressão e seus respectivos corolários.

Embora não sejam clarividentes e autoaplicáveis, os critérios relativos ao intento de causar dano a terceiro (*intent*), à iminência do dano (*imminence*) e à probabilidade de ocorrência da conduta tida por criminosa (*likelihood*), são elementos com maior grau de objetividade do que a mera ponderação de princípios colidentes, enquanto teoria utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Deve-se, enfim, superar (*to overrule*) o entendimento esposado na solução conferida ao caso *Ellwanger*;

f) Não obstante a vagueza conceitual na qual incorre a decisão liminar em estudo, impõe-se questionar, outrossim, a real eficácia prática da decisão, no mundo dos fatos, com relação à proibição judicial exarada.

Isso porque, em que pese seja patente a ordem de retirada de circulação de *Mein Kampf* direcionada às editoras, deve-se atentar, contudo, que, ao se realizar busca em sítios eletrônicos de pesquisa na *web*, é possível encontrar – inclusive em língua portuguesa – versões não oficiais da autobiografia de Adolf Hitler.

Isto significa dizer que o argumento segundo o qual se está a combater o racismo com a mera proibição judicial da edição e venda dos exemplares de “Minha Luta” fada-se ao fracasso no ponto de vista prático, uma vez que é possível obter acesso ao livro por meios não oficiais, em poucos segundos de pesquisa na *web*.

De tal sorte, tanto o indivíduo com genuíno interesse histórico-literário, quanto aquele sujeito imbuído de interesses menos legítimos, acabam por ter acesso à obra, à revelia da tutela jurisdicional, flagrando-se esta inócua, portanto.

Diferentemente da fatídica noite do *Bücherverbrennung* de maio de 1933 na Alemanha nazista, os tempos atuais diferem-se substancialmente no que toca à fluidez da informação e da expressão do pensamento. Hodiernamente, em tempos nos quais a informação corre o globo em frações de segundos, com o avanço tecnológico e a crescente globalização, quedam-se por malogradas muitas das tentativas de controle de circulação da informação.

Por isso, a censura prévia se mostra ineficaz às finalidades a que se propõe;

g) A análise do teor de *Mein Kampf*, evidentemente, confunde-se com os discursos de ódio, uma vez que nitidamente demarcado por afirmações de soberania da raça ariana e a estipulação de raças subalternas.

No entanto, valendo-se da solução do aludido *Brandenburg test*, até mesmo o *hate speech* quando não importar, direta e iminentemente, no incitamento a uma conduta criminosa,

não pode ser criminalizado, tendo em vista que não cabe ao Estado punir pensamentos ou perorações abstratas da alma.

Não se deve olvidar que o livro em análise é preconceituoso de fato, no entanto, nem por isso seu valor histórico-bibliográfico queda-se nulo.

Noutras palavras, os escritos de Hitler não podem ser vistos pura e simplesmente como textos de conotação racista e preconceituosa – o que de fato o são -, mas devem ser vistos também como relevantes documentos históricos, de valor, inclusive, pedagógico às futuras gerações, a fim de que holocaustos e massacres em massa não mais venham a ocorrer.

Além do que, não se combate o mal com o mal, ou sequer se cura o ódio com mais ódio; pelo contrário, deve-se matar o mal com o bem, vencendo-se a ignorância e o preconceito com a educação e a iluminação da mente outrora cercada pelos grilhões do preconceito.

Em vista disso, superando-se o mero discurso odioso, tem-se que *Mein Kampf* possui, ainda hoje, um inegável valor pedagógico;

h) Além de tais pontos, o desenvolvimento desta monografia cuidou de se ater aos autos do procedimento judicial cautelar em estudo, no qual o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pugnou pela tutela inibitória de proibição à edição e circulação da obra de Adolf Hitler, sob o argumento da suposta ameaça da ocorrência dos delitos previstos no §1º, do artigo 21 da Lei n. 7.716/89.²⁷⁰

Todavia, tem-se por evidente que, processualmente, o polo passivo da demanda não é composto pela pessoa de Adolf Hitler, mas sim por três editoras nacionais que resolveram editar e publicar a obra em análise. Insofismável se faz, portanto, a confusão havida, no bojo dos autos, entre a responsabilidade criminal das três editoras, por seus responsáveis, e a própria pessoa de Hitler, com toda a sua pecha de ódio e conotação negativa.

Criminalmente, portanto, não se vislumbra a ocorrência das elementares do tipo penal aludido, de modo que, salvo melhor juízo, na estreita análise de cognição do processo cautelar, não se demonstra a atuação, por parte dos representantes das editoras, eivada de dolo específico do tipo, no intento inequívoco de “*fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo*” (grifou-se”).

²⁷⁰ 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. § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Ora, a circulação e venda dos exemplares de *Mein Kampf* pelas editoras referidas não possuem o dolo específico relativo à *divulgação do nazismo*; antes, pelo contrário, a comercialização do livro encontra largo amparo no direito constitucional de livre iniciativa econômica, liberdade de acesso à informação e nas hipóteses infraconstitucionais de domínio público e direitos autorais.

Diferentemente, apesar de ser incerta a responsabilidade criminal das editoras mencionadas, tem-se por certo, contudo, que Adolf Hitler já fora condenado pela história;

i) Daí que a vedação à divulgação do livro em comento incute questionamentos àqueles que estudam a presente temática, tendo em vista que a mesma *ratio decidendi* que proíbe a divulgação específica de *Mein Kampf*, ao ser levada às últimas consequências, poderia ser utilizada, também, na censura de outros clássicos da literatura mundial, os quais apresentam conteúdo supostamente violento.

A título de exemplo, curial mencionar os livros sagrados das religiões monoteístas, em especial o islamismo, ao retratar guerras decorrentes da vontade divina, nas mais variadas formas de *jihad*; cita-se, ainda, a ditadora violenta do proletariado preconizada por Marx e Engels em *O Manifesto do Partido Comunista*; ou ainda a proliferação do mito do judeu malvado estampado na obra de William Shakespeare ao associar o judeu Shylock à maldade e à avareza, no clássico inglês *O Mercador de Veneza*.

Por essas e outras, a censura ao *Mein Kampf*, se confirmada pelos Tribunais Superiores, abrirá um caminho de precedentes que justificaria, inclusive, o banimento de outras obras clássicas da literatura mundial;

j) Há quem diga, entretanto, que a *Mein Kampf* possui poder persuasivo o suficiente para incitar a violência e difundir o ódio, constituindo-se um risco à paz social. Contudo, deve-se atentar que a obra em comento fora redigida e direcionada em específico à Alemanha do início do século XX, num contexto consideravelmente diferente da atual conjuntura social e política do Brasil contemporâneo.

Ademais, as incoerências e inconsistências históricas, técnicas e biológicas, despendidas por Hitler em seu livro, saltam aos olhos do leitor com genuíno interesse histórico, fazendo-se da obra um importante documento histórico, porém nada mais do que isso.

Aos leitores mal intencionados, por outro lado, tem-se que a decisão judicial liminar não os impedirá de continuar a delinquir e/ou a professar o nazismo, tendo em vista que, como sobredito, a obra continua a ser disponibilizada na rede mundial de computadores em diversas línguas, formatos e tamanhos não oficiais.

No mais, o risco é inerente ao convívio em sociedade, valendo-se da já mencionada lição da Ministra Carmem Lúcia, ao afirmar que “o risco é próprio do viver”, ao passo que os abusos e erros “corrigem-se segundo o direito”, mas não “se abatendo liberdades conquistadas que se segue na melhor trilha democrática traçada com duras lutas”, devendo-se prevalecer a liberdade, portanto;

k) A proibição prévia, com supedâneo em razões meramente ideológicas ou de vagueza conceitual marcante, confunde-se com as mais vetustas formas de censura, com as quais a humanidade lida há séculos, quer seja na queima da biblioteca de Alexandria, na consolidação do *index librorum prohibitorum* pela Igreja Católica Apostólica Romana, na queima de livros pelo estado nazi nas ruas de Berlim ou até mesmo nos anos de chumbo, após golpe militar de 1964, em terras brasileiras.

Tais formas de censura, entretanto, caminham na contramão dos fundamentos da democracia e da liberdade inerente ao indivíduo, à medida em que obstam o acesso à informação, inviabilizam a expansão da consciência crítica e correm a destempo da emancipação e da autorrealização do indivíduo enquanto ser que exprime opiniões e possui o direito fundamental de acesso às fontes culturais e à informação no seu sentido mais amplo.

Nessa toada, indubitável é o teor literal das normas constitucionais que garantem ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, quedando-se “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”, uma vez que a “publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de qualquer espécie de autoridade”;²⁷¹

l) Ressalta-se, em arremate, que a presente monografia, por optar por pesquisa mediante estudo de caso, possui uma clara fragilidade, qual seja: a decisão ora analisada, em verdade, é

²⁷¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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; [...]

XIV- é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]

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;

§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.

§2º: É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. [...]

§ 6º: A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade. BRASIL.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 07/06/2017.

meramente liminar, não havendo qualquer decisão de mérito – quer de juízo singular, quer de juízo de superposição monocrático ou colegiado - decorrente de ação penal ajuizada com o devido trânsito em julgado. Não há sequer ação penal, mas tão somente ação cautelar cujo rito encontra previsão na Lei n. 7.716/89, especificamente.

Como relatado, o *habeas corpus* manejado em face da decisão analisada deu ensejo a uma sucessão de recursos, de modo que a demanda processual aguarda julgamento em sede de Recurso Extraordinário, acerca do qual não se tem decisão meritória até o presente momento.

Para além de tais apontamentos, o fato é que o livro da história humana ensina, sem titubear, que a ignorância é a causa de toda sorte de bestialidades e injustiças. O estudo da história, em verdade, constitui-se o melhor antídoto para que os erros do passado não venham a ser reprisados quando as próximas gerações enfrentarem situações parecidas no porvir. Porquanto, a história não pode ser compreendida ao se levar em consideração somente o lado vencedor; antes, a melhor compreensão do fenômeno histórico deve englobar, inclusive, o voto vencido e preterido.

Malgrado a polêmica em torno da reedição dos exemplares de *Mein Kampf*, deve-se frisar, todavia, que a decisão em estudo equivocou-se ao estabelecer, aparentemente, determinados dogmas de Estado, confundindo acesso à informação e livre expressão com incitação criminosa, de modo a judicializar a história, moldando-a ao sabor e arbítrio de quem permite/proíbe com que determinada história seja contada, ou não.

Não é demais asseverar que é direito do indivíduo e também da sociedade o amplo acesso às fontes culturais e de informação, de modo que a atuação, por agente público ou particular, no sentido de criar obstáculos ou suprimir a livre expressão configura ato de censura, o qual não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro. Censura, portanto.

Diante de tudo isso, uma coisa é certa: necessita-se de critérios objetivos e condizentes com a normativa constitucional, com vistas a delimitar a nebulosa fronteira do dizível e do indizível, do publicável e do não publicável, a fim de que se contribua com a construção de uma sociedade brasileira genuinamente livre, justa e igualitária. Do contrário, estar-se-á a permitir a instauração de um Estado opressor, responsável por julgar, casuisticamente, valendo-se de critérios subjetivos para apontar quais os discursos são aceitos ou não, abrindo-se as portas para toda sorte de abusos e para o arbítrio de uma vontade estatal subjetiva e antidemocrática.

Logo, dentre as lições que o presente caso permite colher, destaca-se a importância do enaltecimento da liberdade de expressão enquanto prática de fomento da tolerância e da expansão da autonomia de consciência individual e coletiva. A liberdade, de fato, é o atributo

que confere humanidade ao ser humano, de maneira que lhe negar a liberdade, significa, portanto, tolher-lhe sua própria humanidade.

Além do que, o estudo crítico de *Mein Kampf* constitui um importante instrumento no combate ao racismo e ao próprio nazismo, tendo em vista que o conhecimento alumia o intelecto e impede com que aquelas nocivas e velhas ideias voltem a se proliferar. Do contrário, segundo Edmund Burke, aqueles que desconhecem a história estão fatalmente condenados a repeti-la.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, v. II, p. 587.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 306.

BAKER, Edwin. **Hate Speech and Incitement to Violence**. Workshop Series Spring 2009 Posted. Disponível em: <http://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/law-culture/files/hate-speech-files/Hate-Speech-C-Edwin-Baker.pdf>. Acesso em 08/05/2017.

BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever de verdade**. São Paulo, Editora Papagaio, 2004, p. 33-35.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado. 2010. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em 26/05/2017.

BERGHER, Ary. ZVEITER, Flávio. SCHLESINGER, Carlos Roberto. **Proibição do livro de Adolf Hitler não se confunde com censura**. Consultor Jurídico. 2016. <http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/proibicao-livro-adolf-hitler-nao-confunde-censura>. Acesso em 02/06/2017.

BIANCO, Nathália. **O livro de Hitler deve ser proibido? (Entrevista Miguel Reale Jr)**. Época. Disponível em: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/02/o-livro-de-hitler-deve-ser-proibido-sim.html>. Acesso em 30/03/2017.

BIDDISS, Michael. **Father of Racist Ideology: The Social and Political Thought of Count Gobineau**. Nova York: Weybright and Talley, 1970.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade**. São Paulo: UNESP, 2002. p. 127-128.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 4.ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOCHI, Paullina Luise. **A liberdade de expressão e o discurso do ódio no contexto norte-americano e brasileiro**. 2014. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro – uma obra em domínio público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANCO, Paulo Gonet Branco. **A liberdade de expressão na jurisprudência do STF**. Organização Paulo Gustavo Gonet Branco. – Brasília : IDP, 2012.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 29/05/2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 06/04/2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 21/04/2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 28/05/2017.

_____. **Emenda Constitucional 1/69**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 23/04/2017.

_____. **Decreto Lei nº 2.848 de 1940**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2/RS**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 2003. Publicado no DJ de 19-03-2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>. Acesso em 05/04/2017.

_____. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em 16/04/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815**. Rel. Min. Carmem Lúcia. 2015. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em 28/05/2017.

_____. 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. TJRJ. **Medida Cautelar Inibitória n. 0030603-92.2016.8.19.0001**. Juiz Alberto Salomão Júnior. Publicação Diário da Justiça em 02/02/2016. Disponível em:
<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2016.001.024910-6>. Acesso em 24/03/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Habeas Corpus n.º 0004106-44.2016.8.19.0000**. Relator: Des. Katya Maria Monnerat, julgado em 22/09/2016. Disponível em:

<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2016.001.024910-6&acessoIP=internet&tipoUsuario=>. Acesso em 25/05/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo Regimental em Habeas Corpus n.º 0004106-44.2016.8.19.0000**. Relatoria Des. Katya Maria Monnerat. Julgado em 26 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.059.02253>. Acesso em 26/05/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Recurso Em Habeas Corpus n. 77.358/RJ**. 6ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 13/12/2016.

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602736784&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 26/05/2017.

BRUGGER, Winfried. **The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law**, German Law Journal, Vol. 04 No. 01, p. 1. Disponível em:

https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afd/1454978742214/GLJ_Vol_04_No_01_Brugger.pdf. Acesso em 04/05/2017.

BUARQUE DE HOLANDA, Chico. **Cálice**. In Chico Buarque. São Paulo: Polygram/Philips, 1978. LP e CD.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas**. In: JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. *Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva. Almedina. 2013. p. 275.

CASTAN, Siegfried Ellwanger. **Holocausto: Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século**. 2ª Edição. Porto Alegre: Revisão, 1987.

CAZES, Leonardo. **Debate sobre a publicação de ‘Minha luta’, de Adolf Hitler, chega ao Brasil**. O Globo. 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/livros/debate-sobre-publicacao-de-minha-luta-de-adolf-hitler-chega-ao-brasil-18482674>. Acesso em 24/03/2017.

CHEMERINSKI, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 3ª ed. Nova York: Aspen Publishers, 2006.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Revista filosofia política, nº. 2. Porto Alegre: UFRGS/L&PM, 1985, p. 10 e 11.

D'ARAUJO, Maria Celina. **O AI-5**. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/AI5>. Acesso em 17/04/2017.

DE FREITAS, Riva Sobrado; DE CASTRO, Matheus Felipe. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 327-355, jul. 2013. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/28064>>. Acesso em: 07 abr. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p327>.

ENGELS, Friedrich. **Anti-Düring**, São Paulo: Paz e Terra, 1976.

EVANS, Richard. **A chegada do Terceiro Reich**. Tradução Lúcia Brito. – São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010.

FALLON Jr., Richard. **The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law**. 8ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio da Janeiro: Renovar, 2005.

FITZGERALD, Stephanie. **Children of the Holocaust**. Mankato, Minnesota: Compass Point Books. 2011. p. 13.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. 4. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1967.

GILLES, Susan M. An “accidental”, “too easy”, and “incomplete” **Brandenburg v. State of Ohio: Landmark case**. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3jTZL10yw0J:law.capital.edu/WorkArea/DownloadAsset.aspx%3Fid%3D20641+%&cd=1 &hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 04 de outubro de 2015.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 49.

GOUVEIA, Mayra Zago de Faria Custódio. **O Conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal – HC 82.424-2**. 2005. Trabalho de conclusão de curso da Escola de Formação – Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/64_Mayra%20Gouveia.pdf>. Acesso em 04 de outubro de 2015.

GRECO, Albino. **La libertà di stampa nell'ordinamento giuridico italiano**. Virginia: Bulzoni, 1974. Disponível em: <http://www.odg.mi.it/node/31521>. Acesso em 26/04/2017.

GREENAWALT, Kent. **Fighting Words**. Princeton: Princeton University Press, 1996.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEINE, Heinrich. **Tragödien: Nebst Einem Lyrischen Intermezzo**. Berlim: 1823. p. 148. <http://www.europeana.eu/portal/pt/record/9200143/BibliographicResource_2000069407309.html>. Acesso em 12/04/2017.

HITLER, Adolf. **Mein Kampf (My Struggle)**. Traduzido por James Murphy. New York: General Press, 2016.

HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM (Estados Unidos). **Enciclopédia do Holocausto**. 2013. Disponível em: <<https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005143>>. Acesso em: 25 maio 2017.

HUGHES, Geoffrey. **Political Correctness: A History of Semantics and Culture**. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010.

FITZGERALD, Stephanie. **Children of the Holocaust**. Mankato, Minnesota: Compass Point Books. 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

KARPEN, Ulrich. **Freedom of expression**. In: The Constitution of the Federal Republic of Germany, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KERSHAW, Ian. **Hitler**. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

KUSUKAWA, Sachiko. **Galileo and Books**. 1999. Disponível em: <http://www.sites.hps.cam.ac.uk/starry/galbooks.html>. Acesso em 25/05/2017.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana**. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LISBOA, Roberto Scenise. **Manual elementar de direito civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUKACS, John. **O Hitler da História**. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. p. 120.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca. SANTOS, Gustavo Ferreira. **Liberdade De Expressão E Discurso Do Ódio No Brasil**. In: Revista Direito e Liberdade – RDL — v. 16, n. 3, Lisboa: ESMAR, 2014. p. 227-255.

MACHADO, Jônatas. **Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**, Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica 65. Coimbra Editora, 2002.

MARITAIN, Jacques. **Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático in Neoconstitucionalismo(s)**, Madrid: Trotta, 2005, p. 32.

MARTINS NETO, João dos Passos, **Fundamentos da liberdade de expressão**. 1. Ed, Florianópolis: Insular, 2008.

MATA, Miguel; ROBALO, Manuel. **50 Grandes Discursos da História**. 1.^a ed. Lisboa: Edições Sílabo, 2010.

MCDONOUGH, Frank. **Hitler and the Rise of the Nazi Party**. Pearson: Longman, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa em Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 62.

MICHELMAN, Frank. **Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação, p. 49

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Vol. 43. Chicago: Encyclopedia Britannica, 2006.

MILTON, John. **Areopagitica**. With Commentary by Sir Richard C. Jebb. Cambridge: University Press, 1918.

NEUBORNE, Burt. **An Overview of the Bill of Rights, in Alan B. Morrison (ed.), Fundamentals of American Law**, pg. 85. 2017.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis** - 9^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Racismo: uma interpretação à luz da Constituição Federal**. Carta Forense: São Paulo, 2010. Disponível em:
<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/racismo-uma-interpretacao-a-luz-da-constituicao-federal/5447>.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. 1948 Disponível em:
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso 31/03/2017.

OEA. **Pacto de San José da Costa Rica**. 1969. Disponível em: Disponível em:
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em 31/03/2017.

PASKIN NETO, Max. **O Direito de ser rude: liberdade de expressão e imprensa**. Curitiba: Bonijuris, 2015

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro, Tipografia de J. Villeneuve, 1857.

POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 65.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Limites à liberdade de expressão**. Joaçaba: Espaço Jurídico. 2010. p. 374. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1954/1022>.

REES, Laurence. **O Carisma de Adolf Hitler: O Homem que Conduziu Milhões ao Abismo**. Tradução: Alice Kelsck. Rio de Janeiro: LeYa, 2013.

REISS, Carlos. **Eu Não Tenho Medo Do “Mein Kampf**. Conexão Israel. 2016. Disponível em: <http://www.conexaoisrael.org/eu-nao-tenho-medo-do-mein-kampf/2016-02-11/colaborador>. Acesso em: 25/05/2017.

RIBEIRO, Raisal Duarte da Silva. **O Discurso De Incitamento Ao Ódio E A Negação Do Holocausto: Restrições À Liberdade De Expressão?** Instituto Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012. p.28.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-Providência**. Goiania: Editora da UFG, 1997.

ROSENFELD, Michel, **Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis** (April 2001). Cardozo Law School, Public Law Research Paper No. 41. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=265939> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.265939>. Acesso em 01/05/2017.

SALINAS, Samuel Sérgio. **Antes da Tormenta: Origens da Segunda Guerra Mundial, 1918-1939**. Campinas: Editora da Unicamp, 1996, p. 24.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 499.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdade de expressão e biografias não autorizadas — notas sobre a ADI 4.815**. Consultor Jurídico: São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas>. Acesso em 23/04/2017.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 2.

SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Revista Diálogo Jurídico, n. 16, Salvador, maio-agosto/2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

SEARLE, John Rogers. **Expressão e Significado: Estudos da teoria dos Atos da Fala**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **Surgimento da Ideia de Liberdades Essenciais Relativas à Informação – A Areopagítica de Milton**. São Paulo: FAPESP, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003. p.222.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 827.

SHIRER, William. **The Rise and Fall of the Third Reich: A History of Nazi Germany**. New York: Simon & Schuster, 2011.

STERN, David. **Bíblia Judaica Completa**. 1ª ed. São Paulo: Editora Vida, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TALLENTYRE, S. G. (Evelyn Beatrice Hall). **The Friends of Voltaire**. Londres: Smith, Elder & Co., 1906. Disponível em: http://www.archive.org/stream/friendsofvoltair00hallrich/friendsofvoltair00hallrich_djvu.txt. Acesso em 28/05/2017.

TANJI, Thiago. **Por que você deveria ler o livro 'Minha Luta' de Hitler**. 2016. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/blogs/Maquina-do-Tempo/noticia/2016/07/por-que-voce-deveria-ler-minha-luta-de-hitler-que-completa-91-anos.html>>. Acesso em 23/03/2017.

TOLAND, John, **Adolf Hitler: The Definitive Biography**. Bantam Doubleday Dell Publishing Group, 2008.

TREVOR-ROPER, Hugh Redwald. **Os Últimos Dias de Hitler**. Os Últimos Dias de Hitler. Editora Flamboyant: São Paulo, 2001. p. 275.

VICENTINO, Cláudio. DORIGO, Gianpaolo. **História geral e do Brasil**. 2. ed. – São Paulo: Scipione, 2013.

VISENTINI, Paulo Fagundes. **Manual do candidato: história mundial contemporânea (1776-1991): da independência dos Estados Unidos ao colapso da União Soviética**. – 3. ed. rev. atual. – Brasília: FUNAG, 2012.

WEBER, Thomas. **A volta do nazismo? Por que livro de Hitler virou best-seller após 70 anos de proibição**. BBC. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36546949>. Acesso em 10/04/2017.

7. ANEXO – A – ÍNTEGRA DA DECISÃO LIMINAR

Em atenção à NBR 14724 de 2011, expedida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, entende-se por anexo o texto ou documento de fonte externa que integra os elementos pós-textuais da monografia, para fins de melhor elucidação do objeto analisado; razão pela qual se carrega, à presente monografia, cópia do inteiro teor decisão liminar analisada.

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 33ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL

DECISÃO

Cuida-se de ação cautelar em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pleiteia a concessão de tutela com o fito de impedir a comercialização do livro intitulado “Minha Luta” de autoria de Adolf Hitler.

Procedimento iniciado a partir de notícia crime formulada pelos Advogados Ary Bergher, Raphael Mattos e João Bernardo Kappen perante o Exmo. Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, às fls. 02/16, instruída com os documentos de fls. 18/33.

Despacho proferido Procurador-Geral de Justiça às fls. 34/36, oportunidade em que foi determinada a remessa dos autos à 1ª Promotoria de Justiça da 1ª Central de Inquéritos, para a formação de *opinio delicti* pelo Promotor Natural.

O órgão ministerial com atribuição formulou requerimentos para busca e apreensão dos exemplares do referido livro, com fundamento no artigo 20 § 3º, inciso I, da Lei nº 7.716/89, a fim de evitar que sejam praticados delitos de racismo, como se extrai de fls. 37/41.

Brevemente relatado, decido:

A questão trazida a este juízo possui grande relevância jurídica e social a demandar pronta intervenção do Poder Judiciário, portanto, presentes as condições para o exercício da ação cautelar em tela. Além disso, por se tratar de matéria afeta ao cometimento (em tese) de delito previsto no artigo 20 § 3º, inciso I, da Lei nº 7.716/89, a competência para conhecer da causa é do juízo criminal.

De fato, a notícia crime veiculada às fls. 02/16 exige ação imediata da atividade estatal, sob pena de importar em omissão do poder público sobre relevante tema de interesse difuso.

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 33ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL

A República Federativa do Brasil, Estado Democrático de Direito, em sua Constituição, preceitua no artigo 1º, inciso III, que um de seus fundamentos é a dignidade da pessoa humana. Adiante, no artigo 4º, incisos II e VIII a mesma é clara ao positivar como objetivos fundamentais a prevalência dos direitos humanos e o repúdio ao racismo e ao terrorismo.

O legislador infraconstitucional, desse modo, sensível ao comando emanado pelo legislador constituinte originário, em defesa dos direitos e garantias fundamentais explícitos e implícitos na Constituição da República, editou a Lei nº 7.716/89, com a finalidade de evitar a ocorrência e punir penalmente eventuais violações a direitos decorrentes da prática de discriminações, em suas diversas vertentes, como se vê do artigo 1º da referida lei, com a redação dada pela Lei nº 9.459/97.

No caso presente, verifico que a questão trazida ao conhecimento deste juízo comporta imediata providência do Poder Judiciário, com o fito de tutelar a ordem pública evitando a prática de crime definido no artigo 20 § 3º, inciso I, da Lei nº 7.716/89.

A publicação que deu ensejo à presente ação cautelar, tem o condão de violar a lei penal, pois fomenta a prática nefasta da intolerância a parcela determinável de pessoas humanas. Neste particular, não se pode olvidar, o que é fato notório e, portanto, independe de produção de prova específica sobre a existência do fato, que o líder nazista, autor da obra intitulada “Minha Luta”, pregava e incitava a prática do ódio contra judeus, negros, homossexuais, ciganos etc.

Diante do evidente 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.

Registre-se que a questão relevante a ser conhecida por este juízo é a proteção dos direitos humanos de pessoas que possam vir a ser vítimas do nazismo, bem como a memória daqueles que já foram vitimados.

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 33ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL

Daí, 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. Isto porque, trata-se da proteção a bens diversos em diferentes níveis de tutela jurídica e social. Assim, estes não se confundem.

Ademais, atualmente a hermenêutica do pós-positivismo soluciona a questão, pela harmonização entre os direitos fundamentais aparentemente em conflito. Aqui, no caso concreto, tenho que inexistente conflito real a ser solucionado, pois, a publicação da obra comumente chamada “bíblia do nazismo” não está a tutelar o direito à informação. Pelo contrário, a obra em questão tem o condão de fomentar a lamentável prática que a história demonstrou ser responsável pela morte de milhões de pessoas inocentes, sobretudo, nos episódios ligados à II Guerra Mundial e seus horrores oriundos do nazismo preconizado por Adolf Hitler. Portanto, contrária à defesa dos direitos humanos.

Ainda que não se entenda assim, dúvida inexistente que se houver um confronto entre os interesses jurídicos em comento, vai prevalecer a tutela dos direitos humanos, seja se utilizando da técnica de solução de conflitos consistente na preponderância de interesses, seja pela técnica da harmonização entre os interesses em conflito. Esta afirmativa decorre da prevalência dos direitos humanos sobre qualquer outro vá de encontro a este.

É importante destacar que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, oportunidades em que se posicionou pela tutela das garantias das pessoas humanas em detrimento de atos discriminatórios e incentivadores de ódio e violência.

Apenas a título de ilustração, consulte-se a ementa abaixo transcrita, oportunidade em que a Corte Constitucional positivou seu entendimento acerca do tema, quando negou ordem de *habeas corpus* a paciente condenado por publicar obra literária contrária à tutela penal conferida pela Lei nº 7.716/89. Assim vejamos:

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 33ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL

HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA

Julgamento: 17/09/2003

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 19-03-2004 PP-00017

EMENT VOL-02144-03 PP-00524

Parte(s)

PACTE. : SIEGFRIED ELLWANGER
IMPTES. : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER
COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. 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, pêlos 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. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta 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. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade 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. Estigmas que por si só evidenciam 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 aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens 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 anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 33ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL

pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na 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. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". 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. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

No caso em tela, tenho que razão assiste ao *Parquet* ao postular o deferimento da tutela inibitória. Como é de conhecimento comum, a tutela mais efetiva não é aquela que repara ou compensa a ocorrência de um dano. A tutela que melhor se coaduna com a expressão da palavra é a que evita a ocorrência do dano. Além disso, em se tratando de dano ao ordenamento jurídico, na espécie infração penal, a prevenção ao dano consiste em verdadeira medida cautelar assecuratória da manutenção da ordem pública.

Destaco que a venda de livros que veiculam ideias e ideais nazistas ferem gravemente a ordem pública, pois afronta a norma penal insculpida no artigo 20 § 2º, da Lei nº 77168/89.

Dessa forma, estão demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro na própria demonstração da existência da obra que apregoa o nazismo; o segundo, considerando a urgência em evitar a disseminação do livro com ideias contrárias aos direitos humanos, que é fundamento e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 33ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL

E, por fim, a tutela da ordem pública evidencia a imprescindibilidade do deferimento da medida cautelar postulada.

Pelo fio do exposto, **DEFIRO** a medida cautelar pleiteada para determinar a proibição de exposição, venda, ou divulgação a qualquer título, da obra intitulada “Minha Luta”, de Adolf Hitler, nos exatos termos dos itens “a”, “b” e “c” de fls. 40.

Expeçam-se, **imediatamente**, com fulcro no artigo 20, § 3º, inciso I, da Lei nº 7.716/89, mandados de busca e apreensão e carta precatória com a mesma finalidade, para conferir efetividade à presente decisão.

Fixo multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por exemplar divulgado ou vendido, em descumprimento a esta decisão. Advirta-se que a cominação monetária é cominada sem prejuízo de eventual prisão em flagrante por crime definido na Lei nº 7.716/89.

Nomeio depositários dos livros apreendidos, os respectivos diretores das Livrarias em o ocorrerem as diligências de busca e apreensão.

Cumpra-se, com urgência, mediante Oficial de Justiça de plantão, dada a relevância da causa, devendo um dos exemplares apreendidos ser apresentado ao Juízo para que seja apensado aos autos.

Fixo o prazo de cinco dias para que as pessoas jurídicas acima referidas, e/ou seus representantes legais, apresentem resposta, caso queiram. Intimem-se. Após, dê-se vista ao MP.

Rio de Janeiro, 02 de fevereiro de 2016.

ALBERTO SALOMÃO JUNIOR
JUIZ DE DIREITO