

Problemas centrais na filosofia contemporânea do direito

Andrew Altman¹

Georgia State University
Jean Beer Blumenfeld Center for Ethics

Nos últimos 35 anos, a filosofia do direito na tradição analítica tornou-se uma área extremamente ativa de investigação filosófica, e houve progresso na análise e na compreensão de alguns problemas centrais do campo. Embora seja incorreto dizer que exista um consenso entre os filósofos analíticos sobre as respostas às principais questões da filosofia do direito, não é exagero afirmar que hoje as questões são muito mais bem compreendidas, e o conjunto de respostas potencialmente iluminadoras é muito mais bem delimitado do que era em meados da década de 1970. Neste artigo, tratarei de três questões do direito contemporâneo que têm ocupado os filósofos analíticos: a relação entre a lei e a moralidade; o dever de obedecer à lei e o direito à liberdade de expressão.

Antes de entrar nessas questões, devo dizer algumas palavras sobre como entendo a filosofia analítica. Embora ela seja frequentemente concebida como dizendo respeito primariamente, senão exclusivamente, à análise de conceitos ou significados linguísticos, a filosofia analítica não deveria ser entendida dessa maneira restrita. Nas últimas quatro décadas, a filosofia analítica passou a incluir a reflexão

¹ Andrew Altman é professor de Filosofia e diretor de Pesquisa do Jean Beer Blumenfeld Center for Ethics na Georgia State University, EUA. Ele é autor de três livros: *Critical legal studies: a liberal critique* (Princeton University Press), *Arguing about law: an introduction to legal philosophy* (Wadsworth) e *A liberal theory of international justice* (Oxford University Press) com Christopher H. Wellman. Além disso, Altman publicou inúmeros artigos em importantes revistas de Filosofia, tais como: *Philosophy and public affairs*, *Ethics* e *Legal theory*. Atualmente trabalha com questões relacionadas a crimes contra a humanidade e ao direito internacional. Tradução de Sagid Salles e Paula Akemy. Revisão de Sérgio Miranda, Mário Nogueira e Aline Monteiro.

crítica disciplinada e os argumentos sobre um amplo conjunto de questões a respeito da vida humana e do mundo natural. O que torna apropriado chamar esse campo de reflexão de “filosofia analítica” não é que a sua meta essencial seja chegar a uma análise correta de alguns conceitos importantes centrais para a cognição ou a atividade humana. Ao contrário, é o fato de que a investigação visa responder a questões formais e substantivas envolvendo tais conceitos e procede de acordo com normas que exigem clareza conceitual e argumentos cuidadosamente construídos. Ademais, a filosofia analítica tende a operar em níveis mais altos de abstração do que, digamos, o raciocínio jurídico ou a investigação científica empírica. Sem dúvida, muito mais pode ser dito para distinguir filosofia do raciocínio jurídico ou da ciência empírica, mas é dubitável que possamos delimitar qualquer fronteira bem definida que separe nitidamente a filosofia analítica (como é correntemente praticada) do raciocínio em outros campos de investigação.

I. Lei e moralidade

Ao longo do século 19, o jurista inglês John Austin cristalizou um debate sobre a questão de como a lei é relacionada com a moralidade. Em um esforço para tornar o estudo do direito um campo científico e livre de valores, Austin (1832) criticou fortemente uma visão que ele atribuiu a Agostinho, Aquino, Blackstone e a outros pensadores-chave nas tradições jurídica e filosófica ocidental. A perspectiva atacada sustentava que a lei e a moralidade (ou a lei e a justiça, sendo a justiça concebida como uma subdivisão da moralidade) estão necessariamente conectadas entre si. Mais, particularmente, a visão que Austin criticou foi a de que os princípios morais constituem um tipo de lei superior, e que as normas injustas que os homens procuram estabelecer como leis não são realmente leis: tais “leis”

humanas injustas são legalmente nulas e vazias devido ao seu conflito com a lei superior, que era chamada de “lei natural”. Austin ridicularizou essa perspectiva da lei natural, argumentando que as leis consistem em comandos gerais do soberano direcionados à população, e que tais comandos podem ser injustos sem perder a sua validade e autoridade como lei. Ele argumentou que qualquer um que pense que uma lei injusta não é realmente uma lei veria o seu ponto de vista rapidamente refutado por qualquer juiz que, não amedrontado pela presumida injustiça da lei, levasse a efeito a punição do transgressor. De qualquer modo, este argumento não era bom e falhou em vencer os oponentes de Austin, defensores da lei natural, que poderiam argumentar, em contrapartida, que uma regra não se torna legalmente autorizada simplesmente porque juízes de fato punem os seus transgressores.

A posição de Austin era uma versão do positivismo jurídico, a opinião de que há uma separação conceitual entre a lei e a moralidade e, assim, não existiria qualquer conexão necessária entre as duas. O positivismo foi amplamente adotado por juristas durante o século XIX e início do século XX, não somente no mundo de língua inglesa mas também no continente europeu. Mas o rescaldo da Segunda Guerra Mundial viu renovada a popularidade da teoria da lei natural. Na Alemanha, Gustav Radbruch (1945) e outros juristas culpavam o positivismo difundido na profissão pelo entusiasmo com o qual muitos juristas e juízes se conformaram (coordenados) com as necessidades do Partido Nazista e com a imposição de regras arbitrárias. Nos Estados Unidos, Lon Fuller (1964) argumentou que a lei teria a sua própria “moralidade interna” (tal como o princípio que proíbe leis penais retroativas), que merece o respeito das pessoas sujeitas a ela. Fuller também argumentou que, devido ao seu enorme desprezo pela moralidade interna da lei, o Terceiro Reich não tinha qualquer sistema jurídico. Todavia, o filósofo do direito inglês H. L. A. Hart não foi persuadido pela concepção da lei natural, e o seu livro, *O Conceito de Direito* (1961), é o ponto de partida filosófico para praticamente toda

contribuição significativa das últimas cinco décadas à pergunta “O que é a Lei?”.

Hart desenvolveu uma versão sofisticada de positivismo, que apresenta a lei não como comandos gerais de um soberano, mas sim como um sistema complexo de regras para a regulação da sociedade. Para Hart, um sistema jurídico é composto de “regras primárias” (isto é, regras de primeira ordem) que impõem obrigações às pessoas e, fundamentalmente, “regras secundárias” (isto é, regras de segunda ordem) para a identificação, modificação e aplicação das regras primárias, e para o estabelecimento de autoridades com o poder legal para aplicar e mudar as regras primárias. Tanto as regras primárias quanto as secundárias são uma questão sobre o que seres humanos pensam e fazem em uma dada sociedade: as regras são fatos empiricamente verificáveis sobre aquela sociedade. Por outro lado, os princípios morais – se concebidos como um tipo de lei superior ou de algum outro modo – não desempenham qualquer papel nessa explicação do conceito de lei: as regras injustas podem ainda ser parte de um sistema jurídico, válidas como qualquer outra regra do sistema. O que torna uma regra parte de um sistema jurídico e o que torna um sistema jurídico parte de uma sociedade, é determinado, em última análise, por atitudes e ações humanas, e não por algum preceito normativo independente. Mais especificamente, uma regra é parte de um sistema jurídico (desenvolvido) se, e somente se, for identificada como tal por uma regra secundária especial que Hart chamou de “regra de reconhecimento”. Juízes e oficiais de justice aceitam a regra de reconhecimento de sua sociedade e entendem que distanciar-se delas é razão para crítica.

Hoje, muitos positivistas dizem que a versão de Hart do conceito de lei, se não estava além da crítica, chegou pelo menos muito perto do seu alvo. Mas existe uma grande disputa entre os positivistas sobre uma questão à qual Hart se dedicou só muitos anos depois de escrever *O Conceito de Direito*: é conceitualmente possível que os princípios morais sirvam como regras válidas em um sistema jurídico? A

resposta de Hart foi “Sim”. Hart (*Postscript*, 1964) argumentou que era possível – mas não necessário – um sistema ter uma regra de reconhecimento que seleciona princípios morais como normas válidas do sistema. Essa visão ficou conhecida como “positivismo brando” ou “positivismo inclusivo” e foi defendida por Jules Coleman (1984) e W. J. Waluchow (2000), entre outros. Em contraste, muitos positivistas contemporâneos assumem que não é conceitualmente possível que os princípios morais sejam normas legalmente válidas de um sistema jurídico, e que nenhuma regra de reconhecimento poderia incorporar qualquer critério moral que permita decidir quais normas contam como parte do sistema. Esse “positivismo forte” ou “positivismo exclusivo” foi desenvolvido e defendido por Joseph Raz (1994) e Scott Shapiro (1998), entre outros.

Para os positivistas fortes, a lei funciona fornecendo (aparentemente) soluções impositivas para problemas sobre como os membros de uma sociedade devem agir. Os problemas surgem, em parte, porque as pessoas têm concepções conflitantes acerca do que é proibido ou permitido pelos princípios morais, e esses conflitos levam a disputas sobre o que é que deve ser feito. A função da lei de guiar impositivamente as ações e resolver disputas seria anulada por uma regra de reconhecimento que prescrevesse resolver disputas práticas pelo que fosse justo ou moralmente correto. É verdade que um sistema jurídico poderia remeter os seus juízes a princípios morais a fim de resolver certos conflitos práticos, mas o positivista forte diria que os princípios não se tornam, assim, parte do sistema, não mais do que leis estrangeiras tornam-se parte de um sistema quando juízes remetem-se à lei de algum outro país no intuito de resolver um caso de conflitos de leis.

Para os positivistas brandos, existem casos claros de regras de reconhecimento que incorporam princípios morais em um sistema jurídico. Constituições, tais como a da Alemanha e dos Estados Unidos, parecem a primeira vista, fazer dos princípios morais no tocante à dignidade e igualdade uma parte de seu sistema legal. Além disso, um sistema jurídico geralmente pode servir como um guia de ação, mesmo

que existam alguns casos em que a lei não possa realizar essa função, porque remete os juízes a princípios morais.

Não obstante há predominância do positivismo jurídico entre os filósofos analíticos do direito, a teoria da lei natural ainda tem os seus defensores e várias versões contemporâneas da teoria têm sido desenvolvidas. Atualmente, a maioria dos defensores da lei natural concorda com a ideia positivista de que as regras injustas podem contar como legalmente válidas, mas os juristas naturalistas argumentam que existem conexões importantes entre a lei e a moralidade que o positivismo não pode reconhecer devido ao seu comprometimento com a ideia de que o que conta como lei é, em última instância, uma questão de atitudes e ações humanas. Ronald Dworkin (1978) argumentou que o que conta como lei é uma função não somente daquilo que os membros de uma dada sociedade fazem e pensam mas também do que ditam sólidos princípios morais. Ele aponta para casos no direito consuetudinário² nos Estados Unidos e no Reino Unido nos quais os juízes parecem reconhecer que alguns princípios morais são legalmente válidos, não porque uma regra de reconhecimento identifica o princípio, mas sim porque o princípio é coerente com e (justifica melhor) o corpo de regras explícitas e precedentes legais. Dworkin (1985) argumentou também que o positivismo brando é realmente apenas uma variante da sua própria versão da teoria da lei natural e, assim, o único tipo consistente de positivismo jurídico é o positivismo forte. No entanto, parece que o positivismo brando é bastante distinto da teoria de Dworkin, mesmo que ambos concordem que os sistemas jurídicos de vários países incorporem princípios morais. Para o positivista brando, permanece sempre um fato empírico contingente se um determinado sistema jurídico incorpora ou não princípios morais. Se a perspectiva de Dworkin é uma versão da teoria da lei natural, então tal incorporação não é, de modo algum, um fato contingente.

² A lei pública, método de julgamento na Inglaterra, as leis feitas pelos juízes.

Adotando uma abordagem da lei natural diferente, John Finnis (1980) sustenta que as leis injustas podem ser válidas, mas elas são falhas como leis devido à sua inconsistência com as normas básicas da racionalidade prática. Sua ideia é que a moralidade adentra a natureza da lei não de forma simples, como uma questão de sim ou não: se a lei humana é consistente com os princípios morais, então é legalmente válida, se não, então não é legalmente válida. E Finnis afirma que figuras como Agostinho e Aquino nunca defenderam tal abordagem simples. Ao contrário, a moralidade adentra a natureza da lei pela determinação do que conta como um caso central, ou exemplo paradigmático, de lei e o que conta como um caso deficiente ou falho. Deficiência não é o mesmo que invalidade, e leis deficientes ainda são leis. O ponto de vista de Finnis é que, no que diz respeito à lei, a deficiência moral é uma questão de a lei falhar em exemplificar a sua natureza como lei. Dessa maneira, o debate entre Finnis e os positivistas legais conduz à reflexão filosófica sobre a pergunta “Qual é a natureza da lei?”. Os positivistas afirmam a sua concepção da lei livre de valor como um tipo de prática humana que não necessariamente tem qualquer dimensão moral sólida, e Finnis afirma, em contrapartida, que a inteligibilidade da lei e de qualquer outra prática humana depende de certos princípios básicos da racionalidade prática, que constituem uma espécie de lei moral e natural.

II. O dever de obedecer à lei

A questão de saber se os cidadãos têm o dever moral de obedecer à lei remonta à discussão de Sócrates com Criton. Sócrates ofereceu vários argumentos reivindicando mostrar que ele era obrigado a obedecer às leis de Atenas e, dessa maneira, abster-se de fugir da prisão. Ele insistiu que tinha concordado tacitamente em obedecer às leis e alegou ter uma dívida de gratidão com Atenas pelos benefícios que

ela concedeu-lhe ao longo de toda a sua vida. Sócrates é, por vezes, mal interpretado por argumentar que se tem uma obrigação absoluta de obedecer às leis do seu próprio estado, mas, de fato, ele sustentou a posição de que a única obrigação absoluta é abster-se de cometer uma injustiça. Se a lei ordenasse que ele cometesse uma injustiça, ele teria desobedecido. Sócrates estava tentando mostrar que a fuga o envolveria em ação injusta, enquanto permanecer na prisão e aceitar obedientemente a sentença de morte da corte envolveria sofrer uma injustiça, mas não cometer injustiça.

Filósofos analíticos têm procurado tanto clarificar o conceito do dever de obedecer à lei como traçar uma conclusão substantiva sobre se existe tal dever em estados razoavelmente justos. Do lado conceitual, houve um acordo geral de que o dever de obedecer, se existir, seria *pro tanto*, isto é, sujeito a ser substituído em circunstâncias incomuns; e do universal, isto é, aplicável a todas as pessoas dentro da jurisdição do estado. Concorda-se também que o dever seria de conteúdo independente, ou seja, a existência do dever não dependeria do que diz a lei ou dos méritos substantivos da lei. Se existisse um dever de obedecer à lei de um estado razoavelmente justo, então uma pessoa na jurisdição desse estado teria o dever de obedecer a todas as suas leis, mesmo aquelas injustas ou deficientes, a menos que considerações incomuns entrassem em jogo. O simples fato de que uma lei é injusta ou está abaixo do moralmente ideal não seria suficiente para anular o dever *pro tanto* de obediência à lei, apesar de graves injustiças poderem ser uma condição de anulação da lei.

Do lado substantivo do problema do dever de obedecer ainda se tem de produzir uma resposta aceitável de modo geral. Muitos filósofos têm sido completamente céticos quanto à existência de tal dever, mesmo em um estado razoavelmente justo. Os defensores desse ponto de vista, incluindo John Simmons (2005) e Leslie Green (1998), apontam que não estão propondo uma revolução ou contravenção generalizada: muitas leis deveriam ser anuídas, porque nos direcionam a agir do modo que a moralidade requer, independentemente da lei. Além

disso, os estados podem trazer muitos benefícios aos seus membros, e uma contravenção generalizada prejudicaria o fornecimento desses benefícios. No entanto, Simmons e Green insistem que a oferta de benefícios não significa que os cidadãos têm o dever de *obediência* ao estado. Ademais, eles argumentam que, em qualquer estado real, somente uma pequena proporção dos cidadãos consentem voluntariamente em obedecer às leis, e que a ideia de que o “consentimento tácito” pode fundamentar uma obrigação à obediência é moralmente enganosa.

Do outro lado do debate, Jeremy Waldron (1993) desenvolve algumas ideias de John Rawls (1971) e defende uma explicação do dever de obedecer que é baseada no dever natural de estabelecer e submeter-se a instituições políticas justas. Quando um estado é justo, eficiente na imposição de suas regras, com as instituições mais importantes em seu território coordenando a conduta da população de modo justo, as pessoas que constituem a população têm o dever de cumprir as suas regras. Mas essa abordagem do dever natural tem sido criticada por não conseguir explicar por que o dever natural de justiça é incompatível com o fato de uma pessoa livrar-se do seu dever por apoiar e submeter-se às regras de uma instituição que está em algum outro território, ou mesmo uma instituição que não esteja em território algum. Como pode o dever natural de justiça explicar por que uma pessoa tem o dever de obedecer às leis de uma determinada autoridade e não as de outra qualquer? Waldron responde que as pessoas são obrigadas a seguir as instituições políticas justas cujo regime jurídico se aplica a elas; de outro modo, a justiça não poderia ser realizada no mundo e as regras jurídicas se aplicam a pessoas que estão em alguma extensão territorial.

George Klosko (2004) e outros argumentaram que o dever de obedecer à lei baseia-se em um princípio de equidade (ou “jogo limpo”). Na versão de Klosko sobre argumento, existem certos bens que são indispensáveis para qualquer pessoa racional – tais como a proteção da vida e da propriedade – e esses bens essenciais são, em geral, possíveis somente se os indivíduos cooperarem uns com os outros em um

esquema que exige que cada um restrinja as suas próprias ações de modo a fazer o que a lei exige. O dever de obedecer à lei é um dever de cooperar em um esquema mutuamente benéfico. Os críticos argumentam que aqueles que se recusam a cooperar e estão dispostos a proteger a sua própria individualidade e propriedade sem o estado não têm de aceitar voluntariamente a proteção do estado. Mas Klosko pensa que essa aceitação não é necessária para justificar o dever de cooperar quando se trata de bens indispensáveis, como a proteção contra-ataques.

Christopher Wellman (2005) desenvolveu um argumento para o dever de obedecer que combina o princípio do jogo limpo com o princípio do salvamento fácil, ou seja, o dever de salvar aquelas pessoas em perigo, se o salvamento pode ser realizado sem custos desmedidos para si mesmo. Wellman afirma que a lei salva os seres humanos de graves perigos do estado de natureza, e que a justiça requer que cada um faça sua justa parte, protegendo os outros daqueles perigos através do cumprimento da lei. Os críticos afirmam que muitas leis dentro de estados democráticos já existentes não podem ser plausivelmente concebidas como necessárias para evitar um estado de natureza, e Wellman admite alguma incerteza sobre a capacidade de seu ponto de vista de mostrar que o dever de obedecer se aplica a muitas das leis contemporâneas.

Existem outras abordagens que os filósofos analíticos têm desenvolvido em um esforço de fundamentar um dever de obedecer à lei, incluindo as abordagens baseadas no consenso, gratidão e associação comunitária. William Edmundson (2004) fornece uma análise lúcida e profunda da literatura contemporânea. O próprio Edmundson é cético quanto ao dever de obedecer à lei, sugerindo que os filósofos deveriam se contentar com o dever muito mais modesto de “submeter-se a processos legais”. Esse dever exigiria que se cumprisse a decisão de um tribunal ou a ordem de um oficial de polícia, desde que tais ordens estivessem dentro do escopo de autoridade da corte ou do oficial. Mas não exigiria que você parasse o seu carro em um sinal vermelho no meio do deserto, sem que houvesse outra pessoa num raio de quilômetros, ou

alistar-se no serviço militar por força de alguma lei geral, a menos que um uma determinação oficial o ordene a fazê-lo.

III. Liberdade de expressão

O direito à liberdade de expressão é protegido por muitas constituições em vigor e incorporado em diversos tratados internacionais de direitos humanos. Todavia, o direito é também um importante princípio de qualquer filosofia política sólida e, assim, os filósofos do direito e da política têm examinado e debatido a base moral e o alcance desse direito. O *Sobre a Liberdade* (1859), de John Stuart Mill é amplamente visto como o começo de muitos dos principais argumentos a favor de uma proteção legal forte e ampla da liberdade de expressão: o discurso que seria silenciado poderia ser verdadeiro e, mesmo que o discurso não seja totalmente verdadeiro, ele poderia conter um elemento de verdade; mesmo se ele não conter qualquer elemento de verdade, os indivíduos não podem formar as suas opiniões de forma racional a menos que considerem as opiniões concorrentes e os melhores argumentos que os seus adeptos podem fornecer. Outros pensadores defendem a liberdade de expressão através do esclarecimento de sua importância para a democracia, discutindo os perigos que podem resultar para uma sociedade caso o governo tenha o poder de silenciar a opinião e/ou enfatizando o papel que a expressão desempenha no exercício da autonomia individual e empreendimento da autorrealização.

A maioria dos filósofos analíticos do direito e da política defenderia alguma combinação das razões anteriormente citadas em favor de direitos legais entrenchados que protegem uma área muito ampla de expressão. Porém, a despeito desse acordo, existem muitos debates sobre exatamente quais seriam as opiniões protegidas e como a

liberdade de expressão deveria acomodar outros princípios importantes, tais como a igual cidadania. Uma área central do debate filosófico nesse campo preocupa-se com formas de discurso racista e outras formas de discurso intolerante, bem como com material sexualmente explícito que humilha ou degrada as mulheres. Embora ela própria não tenha o estilo de uma filósofa analítica, uma das figuras mais influentes desse debate foi Catherine MacKinnon, uma professora de direito feminista radical e ativista. MacKinnon, (1987 e 1993) defendeu restrições legais limitando a disponibilidade de pornografia a adultos, argumentando que tais restrições são essenciais para alcançar a verdadeira igualdade entre mulheres e homens. No centro do pensamento de MacKinnon está a ideia de que materiais pornográficos não se limitam a representar a mulher em um estado degradante, mas que a produção e a circulação de pornografia são atos que por si próprios degradam as mulheres. Ela também enfatiza o dano às mulheres pelos quais a pornografia é responsável, incluindo o estupro, o assédio sexual e a discriminação. Entre as alegações mais controversas de MacKinnon, está a alegação de que a pornografia “silencia” a mulher e ela insiste (1987) que a pornografia deve ser entendida como uma questão de direitos civis e, com isso, ela quer dizer que o *status* da mulher como igual cidadã está em jogo, e a livre disponibilidade de pornografia viola o princípio de igual cidadania para todos. Assim, MacKinnon (1993) alega que pornografia não é “somente palavras”, mas constitui um modo de conduta discriminatório e está além da proteção legítima dos princípios de livre discurso. Assim como uma placa na porta de um restaurante dizendo “Somente Brancos” não são meras palavras, mas, ao contrário, uma conduta discriminatória que é legalmente proibida.

Do outro lado do debate, Ronald Dworkin (1995) e L.W. Sumner (2004) estão entre aqueles que argumentam que a regulação é uma limitação injustificada da liberdade de expressão. Dworkin argumenta que a regulação viola não somente a liberdade de expressão, mas também a igualdade. Os indivíduos têm o direito à independência moral, afirma Dworkin, e isso inclui o direito de formar a própria

opinião sobre questões práticas e fatuais, independentemente de esforços do governo para controlar as ideias e atitudes que circulam na sociedade. Sumner sustenta que as evidências científicas são inconclusivas quando se fala que pornografia ou ódio causa os danos que lhes são atribuídos e que, na ausência de evidências mais sólidas, o direito à liberdade de expressão anula os esforços do governo para regulamentação legal.

As alegações de MacKinnon de que a produção e o consumo de material pornográfico são uma forma de conduta discriminatória e de que a pornografia subordina e silencia as mulheres são de interesse particular para alguns filósofos analíticos. Utilizando a clássica teoria dos atos de fala de J. L. Austin (1961), Langton (1993 e 1998) e Hornsby (1993) têm defendido as alegações de MacKinnon. Jacobson (1995 e 2001), por sua vez, criticou Langton e Hornsby e rejeitou essas alegações, enquanto McGowan (2003) criticou os argumentos de Langton, mas desenvolveu a sua própria defesa de MacKinnon com base nos atos de fala. Embora a decisão ainda não tenha sido tomada sobre se pornografia de fato subordina e silencia as mulheres, o debate entre os filósofos analíticos certamente aprofundou os problemas e os argumentos.

Na área relacionada da jurisprudência da liberdade de expressão, um vigoroso debate começou nos Estados Unidos durante a década de 1980 sobre a legitimidade de regulação dos discursos que degradam ou humilham as pessoas com base em categorias como raça, etnia, sexo e religião. Centenas de universidades aprovaram códigos de conduta verbal que buscam restringir esses discursos. Muitos dos códigos foram contestados em tribunal como inconsistentes com as garantias de liberdade de expressão da Constituição dos Estados Unidos e criticados por muitos estudiosos pelo mesmo motivo (SHIELL, 1998). Mas os códigos foram apoiados por outros estudiosos, incluindo aqueles associados à Teoria Crítica da Raça, um movimento que destaca a contínua existência da opressão racial e a necessidade de estratégias jurídicas e políticas mais agressivas na luta contra ela (MATSUDA,

1993). Códigos de conduta verbal para as universidades também foram defendidos por alguns estudiosos liberais que argumentaram que os códigos delineados de maneira restrita, direcionados à difamação racista cara a cara eram consistentes com os princípios de liberdade de expressão (GREY, 1991; ALTMAN, 1993; GREENAWALT, 1995A; SUNSTEIN, 1993 e BRINK, 2001).

Muitos países têm leis criminais que proíbem a fala que incita ao ódio racial, étnico ou religioso. Essas leis abrangem discurso público que degrada ou humilha intencionalmente os membros das minorias. Além disso, importantes tratados internacionais dos direitos humanos, incluindo a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, têm cláusulas que obrigam os partidos do estado a decretar e executar tais leis. No entanto, os Estados Unidos têm se recusado sistematicamente a adotar leis contra a incitação racial, vendendo-as como violando as garantias de liberdade de expressão da Constituição, e assinaram os tratados em questão apenas com a reserva de que essas garantias anulariam qualquer obrigação contrária baseada em tratado. Além disso, os tribunais estaduais e federais dos Estados Unidos derrubaram, por violar os direitos de livre expressão, cada código de conduta verbal universitário que foi objeto de contestação legal.

Sumner (1993) defendeu a lei do Canadá contra o incitamento racial, baseando-se na observação de que a igualdade para as minorias raciais não é consistente com a tolerância do governo em relação ao discurso de ódio contra as minorias, embora nos anos mais recentes (2004) tenha retirado o seu argumento. Waldron (2008) argumentou que as leis contra o incitamento racial estão justificadas, porque a igual cidadania para as minorias é uma realização recente e frágil da democracia liberal e poderia desfazer-se se não fossem as leis que proíbem o discurso de ódio. Essa é uma importante linha de pensamento que ressoa com argumentos feministas sobre a pornografia e representa um desafio para os muitos filósofos analíticos que aceitam uma compreensão mais ampla do princípio da liberdade de expressão.

Referências

- ALTMAN, Andrew. Liberalism and campus hate speech: a philosophical examination. *Ethics* 103 (1993), 302-317.
- AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge University Press, 1995 [1832].
- AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. Harvard University Press, 1962.
- BRINK, David. Millian principles, freedom of expression, and hate speech. *Legal Theory* 7 (2001), 119 – 157.
- BRISON, Susan. The price we pay: pornography and harm. *Contemporary Debates in Applied Ethics*, A. I. Cohen and C. H. Wellman, eds. Blackwell Publishing, 2005, p. 236 – 250.
- COLEMAN, Jules. Negative and positive positivism. *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Marshal Cohen, ed. Rowman and Littlefield, 1984, p. 28 – 48.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Harvard University Press, 1986.
- _____. *Freedom's law*. Harvard University Press, 1996.
- EDMUNDSON, Willian A. State of the art: the duty to obey the law. *Legal Theory* 10 (2004), 215 – 259.
- FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford University Press, 1980.
- FULLER, Lon. *The morality of law*. Yale University Press, 1964.
- GREEN, Leslie. *The authority of the state*. Oxford University Press, 1988.
- GREENAWALT, Kent. *Fighting words*. Princeton University Press, 1995.

- GREY, Thomas. Civil rights versus civil liberties. *Social Philosophy and Policy* 8 (1991), 81 – 107.
- HART, H. L. A. *The concept of law*, 2. ed. Oxford University Press, 1994 [1961].
- HORNSBY, Jennifer and Rae Langton. Free speech and illocution. *Legal Theory* 4 (1998), 21 – 38.
- JACOBSON, Daniel. Freedom of speech acts? A response to Langton. *Philosophy and Public Affairs* 24 (1995), 64 – 79.
- _____. Speech and action: replies to Hornsby and Langton. *Legal Theory* 7 (2001), 179 – 201.
- KLOSKO, George. Multiple principles of political obligation. *Political Theory* 32 (2004), 812 – 824.
- LANGTON, Rae. Speech acts and unspeakable acts. *Philosophy and Public Affairs* 22 (1993), 293 – 330.
- LANGTON, Rae; HORNSBY, Jennifer. Free speech and illocution.” *Legal Theory* 4 (1998), 21 – 38.
- MATSUDA, Mari. ed. *Words that wound*. Westview Press, 1993.
- MCGOWAN, Mary Kate. Conversational exercitives and the force of pornography. *Philosophy and Public Affairs* 31 (2003), 155 –189.
- MACKINNON, Catherine. *Feminism unmodified*. Harvard University Press, 1987.
- _____. *Only words*. Harvard University Press, 1993.
- MILL, John Stuart. *On liberty*. Hackett Publishing, 1978 [1859].
- RADBRUCH, Gustav. Five minutes of legal philosophy. B. L. Paulson and S. L. Paulson, trans. *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006), 13 – 15.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1971.
- RAZ, Joseph. Authority, law and morality. *Ethics in the Public Domain*, rev. ed. Oxford University Press, 1994, p. 210 – 237.

- SHAPIRO, Scott. On hart's way out. *Legal Theory* 4 (1998), 469-508.
- SHIELL, Timothy. *Campus hate speech on trial*. University Press of Kansas Press, 1998.
- SIMMONS, A. John; WELLMAN, Christopher Heath. *Is there a duty to obey the law?* Cambridge University Press, 2005.
- SUMNER, L.W. Hate propaganda and charter rights. In: W. Waluchow, ed. *Free Expression*. Oxford University Press, 1994, p.153 – 74.
- _____. *The hateful and the obscene*. University of Toronto Press, 2004.
- SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. Free Press, 1993.
- WALDRON, Jeremy. Special ties and natural duties. *Philosophy and Public Affairs* 22 (1993), 3 – 30.
- _____. Freedom of speech and the menace of hysteria. *New York Review of Books* (May 29, 2008), 40 – 44.
- WALUCHOW, W.J. Authority and the practical difference thesis: a defense of inclusive legal positivism. *Legal Theory* 6 (2000), 45 – 81.
- WELLMAN, Christopher Heath; SIMMONS, A. John. *Is there a duty to obey the law?* Cambridge University Press, 2005.