IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

JEAN CARLOS DIAS

RUBENS BEÇAK

LEONEL SEVERO ROCHA

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

D597

Filosofia do direito, Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-398-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

A realização do "IV Encontro Virtual do CONPEDI" nesse momento ainda de restrições aos eventos presenciais decorrentes da necessidade do isolamento social imposto pela pandemia da COVID 19 obriga ainda a uma reflexão sobre o acerto da decisão na realização do Encontro nessa condição de adversidade.

A virtualística tem funcionado como forma possível a assegurar o evento, em evidente privilégio dos esforços daqueles que realizaram o seu denodo de pesquisa, como forma de viabilizar suas apresentações para a comunidade científica. É claro que o formato já vem demonstrando certo cansaço na sua utilização constante, mormente aqui analisada de perspectiva acadêmica, mas, entre as perspectivas da não realização e sua realização virtual, por óbvio, o segundo desvão se impôs.

O Grupo de Trabalho "FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT I", reunião saudável de tradicionais GTs, contou com excelentes trabalhos e profícuas discussões sobre eles, em debate instigante que possibilitou o enfoque de múltiplas abordagens, dentro da melhor experiência dos encontros anteriores do CONPEDI. Assim, tivemos a apresentação de 27 trabalhos, listados no índice, com investigações muito bem elaboradas, em amostra significativa do que de melhor se produz no nosso país, nos campos objeto das temáticas do GT.

Num primeiro bloco ordenado das exposições, tivemos as apresentações dos trabalhos de Eric Araujo Andrade Oliveira e Jadson Correia de Oliveira, com interessante discussão sobre a possibilidade de integração da Análise Econômica do Direito ao âmbito da Epistemologia Jurídica; o de Antônio Lúcio Túlio de Oliveira Barbosa, acerca da história da Hermenêutica e o denominado 'giro linguístico'; o de Raphael de Abreu Senna Caronti, abordando a Teoria de Alexy eventualmente ser aplicada sobre a ótica dos princípios do Direito Ambiental Brasileiro; o de Lucas Augusto Gaioski Pagani, Bruno Smolarek Dias e Victor Augusto Gaioski Pagani, abordando os limites definidores do que é aplicação do direito e o que é interpretação, com a questão do Ativismo Judicial; o de Victor Augusto de Oliveira e Victor Sales Pinheiro, trazendo diferenças conceituais entre Finnis e Posner na questão da razoabilidade prática e pragmatismo; o de Lilian Mara Pinhon e Fernanda Resende Severino, na temática da presunção da inocência e o papel de uma "(des)necessidade de uma única

interpretação”; o de Fabricio Carlos Zanin e Sergio Weyl Albuquerque Costa, trazendo a questão da crítica hermenêutica do Direito e os limites do positivismo jurídico (“Da discricionariedade à Teoria da Decisão”) e afinal; o de Juan Pablo Ferreira Gomes, sobre aspectos narrativos e discursivos da prova em Foucault (“A invenção da verdade”).

Em um segundo bloco, seguiram-se as seguintes apresentações HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO PROPULSORA DA EFICIÊNCIA JUDICIAL .Denilson Moura Da Silva. Objetiva-se estudar aqui a hermenêutica jurídica, aqui entendida como a interpretação realizada pelos órgãos judiciais. Abordar-se-á as hipóteses possíveis de emprego da técnica hermenêutica como propulsora da celeridade processual, contribuindo para a eficiência do Poder Judiciário.

O ESTADO DEMOCRÁTICO E O DEVER CONSTITUCIONAL DE ASSEGURAR UMA SOCIEDADE FRATERNA: RESPONSABILIDADES E CONSEQUÊNCIAS Ana Gabriela Dalboni Rocha , Carlos Augusto Alcântara Machado.

Trata da previsão constitucional de uma sociedade fraterna impõe aos indivíduos e ao Estado o dever de observância ao Princípio da Fraternidade, que se constitui em fundamento de validade de atos e normas jurídicas

PARADOXO DA (IN) TOLERÂNCIA EM KARL POPPER E OS LIMITES-FRONTEIRAS DO DISCURSO DE ÓDIO

Juan Pablo Ferreira Gomes

O trabalho parte do “paradoxo da tolerância” de Karl Popper para investigar as fronteiras e os limites jurídicos ao que se concebe como (in) tolerante, no que passou a ser definido enquanto discurso de ódio na atualidade.

O PARADOXO DE SEGUIR REGRAS: DUAS CRÍTICAS AS LEITURAS COMUNS DE WITTGENSTEIN

Liziane Parreira

Wittgenstein é um importante filosofo da linguagem, sua filosofia pode ser dividida em duas fases. Na primeira fase tem-se um autor de formação positivista-lógica do "Tractatus Logico-Philosophicus" e na segunda fase um hermeneuta preocupado com o significado da linguagem em "Investigações Filosóficas".

O PLURAL NO CICLO DE LUTAS: CULTURA POLÍTICA NA AMÉRICA LATINA DURANTE A REVOLUÇÃO MUNDIAL DE 1968 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA TEORIA SOCIAL DO DIREITO

Jorge Alberto de Macedo Acosta Junior , Antonio Carlos Wolkmer

A presente investigação apresenta uma reflexão acerca do surgimento do plural nas lutas sócio-políticas que se projetaram a partir do giro descolonizador realizado pela esquerda latino-americana. O objetivo geral consiste em identificar a mudança na cultura política ocorrida durante o primeiro ciclo de lutas na América Latina e suas consequências na teoria social do direito.

O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO: O STF E CONTRIBUIÇÕES PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Guilherme Nunes de Paiva , Renata Albuquerque Lima

A interpretação conforme à Constituição surgiu como uma técnica de controle de constitucionalidade, ou de interpretação, no escopo de conceder à uma norma infraconstitucional com multissignificados, um sentido que se coadune à Constituição.

O RESGATE DAS VIRTUDES PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM ECONÔMICA

Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski , Valéria Silva Galdino Cardin

O artigo realiza uma abordagem acerca da necessidade do resgate das virtudes na sociedade contemporânea, sobretudo na ordem econômica pátria para a efetivação da dignidade da pessoa humana

OS LIMITES ENTRE A APLICAÇÃO E A CRIAÇÃO DO DIREITO: INTERPRETAÇÃO OU ATIVISMO JUDICIAL?

Lucas Augusto Gaioski Pagani , Bruno Smolarek Dias , Vitor Augusto Gaioski Pagani

_____O presente artigo visa discutir a possibilidade da criação do Direito através do Ativismo judicial ou a aplicação do direito através do papel interpretativo do magistrado, trazendo as diferenciações entre a aplicação do

Direito e a Criação de um novo Direito, não previsto anteriormente por nenhuma regra jurídica.

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO TECNOLÓGICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Leila Diniz , Luciano Jose Machado Do Amorim , João Victor Vieira de Sant'anna

O presente artigo tem por objetivo explorar a evolução desde a supremacia constitucional, consubstanciada no positivismo jurídico, passando pela implementação e acentuado uso dos precedentes judiciais em nossos tribunais, com sopesamento dos princípios colocados em conflito, até chegar na lacuna existente no ordenamento, dentre várias, também para os confrontos atuais, surgidos a partir do avanço digital, em que princípios constitucionais de primeira ordem colidem com atuais princípios tecnológicos

PONDERAÇÕES SOBRE A DOGMÁTICA JURÍDICA E A ZETÉTICA JURÍDICA PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL: A NECESSÁRIA REVISÃO, ATUALIZAÇÃO E RECONTEXTUALIZAÇÃO

Bruna Medeiros Bolzani , Elenise Felzke Schonardie

O artigo tem como objetivo analisar a dogmática jurídica e a zetética jurídica no que concerne ao direito ambiental com o intuito de demonstrar a necessária abertura da dogmática jurídica à zetética jurídica, diante do contexto contemporâneo de emergência climática.

POR UMA ABORDAGEM EXPERIENCIALISTA DO DIREITO: A METAFORICIDADE DA COGNIÇÃO E AS REALIDADES JURÍDICAS

Monica Fontenelle Carneiro , Rodrigo Dutra da Silva

O presente estudo objetiva apresentar o direito e a prática jurídica como categorias cognitivas e linguísticas expressas metaforicamente, bem como a importância da metáfora para a capacidade humana de pensar e construir sentidos

RAZOABILIDADE PRÁTICA E PRAGMATISMO: DIFERENÇAS CONCEITUAIS ENTRE FINNIS E POSNER NA ANÁLISE JURÍDICA DO CASAMENTO

Victor Augusto de Oliveira Meira , Victor Sales Pinheiro

O artigo objetiva diferenciar duas modernas teorias do direito a partir do instituto jurídico do casamento: a análise econômica do direito e o direito natural analítico, utilizando como referência a obra de Richard Posner e John Finnis.

REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA ADI N. 6341/DF: UM ESTUDO HERMENÊUTICO DA DECISÃO DO STF E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E NA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

Thiago Braga Parente , Renata Albuquerque Lima

Este artigo tem como objetivo estudar o julgamento de uma medida cautelar na ADI n. 6341 /DF, abordando a decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos direitos fundamentais e examinando a colisão entre direitos fundamentais diante da pravalência do direito à saúde.

UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A ORIGEM DA HERMENÊUTICA NA TERCEIRA CRÍTICA

Jaci Rene Costa Garcia

Tendo como objetivo geral investigar o papel da estética kantiana para a hermenêutica, a delimitação do estudo envolve: [i] uma abordagem filosófica unificada pelo sistema crítico kantiano capaz de identificar os pressupostos que permita a realização dos julgamentos, [ii] o lugar do humano na comunidade e [iii]

VALORAÇÃO DA NATUREZA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ANÁLISE AXIOLÓGICA E ECOLÓGICA

Aline Cirilo Caldas , Bárbara Vier , Miguel Etinger de Araujo Junior

_____A sociedade está em constante modificação, em razão de vários fatores, desses destacam-se os embates sociais emergentes, os quais refletem no modo de conceber as questões humanas e solucionar problemas.

Por tudo que se observa, trata-se de uma importante reunião de pesquisas que merecem serem consultadas como fontes do imaginário jurídico em 2021.

19. O artigo apresentado por Ana Flávia Costa Eccard analisa, adotando o pensamento de Zygmunt Bauman, a transformação, na contemporaneidade, das relações sociais. Essas

passam a ser, cada vez mais, líquidas e marcadas por um imediatidade. Esse cenário , por sua vez, altera as concepções e estruturas básicas, com impactos de várias ordens, inclusive no cenário normativo em que o Direito está inserido.

20. Liziane Parreira apresentou trabalho que investiga criticamente as concepções mais comuns do pensamento de Wittgeinstein. O trabalho sugere que as abordagens usuais deixam de lado aspectos relevantes das obras do autor e propõe, em alguns aspectos, uma atualização dessas percepções.

21. Renan Aguiar examina em trabalho a possibilidade de sustentar uma leitura pragmática, fundada, essencialmente, numa conexão entre a linguagem e as relações intersubjetivas. O marco teórico essencial Richard Rorty é examinado a partir desse contexto.

22. Rodrigo Dutra socializou suas conclusões a respeito do artigo submetido, propondo uma nova abordagem do Direito. O centro da proposta envolve uma perspectiva experiencial em que a cognição pode ser tomada como uma metáfora constitutiva de diversos contextos jurídicos.

23. Aline Cirilo Caldas e Barbara Vier apresentaram artigo que propõe uma leitura valorativa e ecológica do ordenamento jurídico brasileiro. Essa abordagem propõe uma valorização da natureza como um parâmetro na intepretação e aplicação das normas jurídicas.

24. Carlos Roberto Oliveira apresentou estudo a respeito do caso fortuito e força maior como fatores jurídicos relevantes na compreensão de obrigações contratuais. Em especial foi adotado como pano do fundo os contratos de fornecimento de vacinas e as implicações sobre a sua operacionalidade jurídica efetiva.

25. Rogério Aparecido Fernandes de Carvalho apresentou artigo relacionado à investigação hermenêutica da extrapolação, feita pelo Supremo Tribunal Federal, da imunidade constitucional dos livros impressos para os livros eletrônicos. O texto examina os fundamentos desse contexto interpretativo refletindo quanto ao seu efetivo cabimento.

26. No texto socializado Ulissses Arjan Cruz dos Santos, Laura Maria Santiago Lucas e Valmir Cesar Pozzetti examinam o pensamento de Thomas Hobbes. No estudo chamam a atenção de que o autor pensa a fraternidade como instrumento de concretização da paz social. Nesse contexto propõem uma ampliação da leitura política do autor.

27. O texto apresentado por Jorge Alberto Macedo Acosta Junior, examina os impactos na cultura política na América Latina dos movimentos intelectuais europeus ocorridos no ano de 1968. Especialmente são examinadas as influências no campo da teoria do Direito.

Jean Carlos Dias

Rubens Beçak

Leonel Severo Rocha

RAZOABILIDADE PRÁTICA E PRAGMATISMO: DIFERENÇAS CONCEITUAIS ENTRE FINNIS E POSNER NA ANÁLISE JURÍDICA DO CASAMENTO

PRACTICAL REASONABILITY AND PRAGMATISM: CONCEPTUAL DIFFERENCES BETWEEN FINNIS AND POSNER IN THE LEGAL ANALYSIS OF MARRIAGE

Victor Augusto de Oliveira Meira [1]
Victor Sales Pinheiro [2]

Resumo

O artigo objetiva diferenciar duas modernas teorias do direito a partir do instituto jurídico do casamento: a análise econômica do direito e o direito natural analítico, utilizando como referência a obra de Richard Posner e John Finnis. Expusemos o método das duas teorias: o pragmatismo jurídico de Posner e a razoabilidade prática de Finnis, para então entender o conceito do casamento para os dois teóricos. A pesquisa foi realizada através de método hipotético dedutivo, com levantamento de bibliografia atualizada de ambos os teóricos e análise do voto do Juiz Posner no caso Baskin v. Bogan.

Palavras-chave: Pragmatismo jurídico, Richard posner, Razoabilidade prática, John finnis, Casamento

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to distinguish two modern theories of law from the legal institute of marriage: the economic analysis of law and the analytical natural law, using as reference the work of Richard Posner and John Finnis. We exposed the method of both theories: Posner's legal pragmatism and Finnis’s Practical reasonableness, to understand the two theorists concept’s of marriage. The research was carried out through the hypothetical deductive method and analysis of Judge Posner vote in the Baskin v. Bogan case.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal pragmatism, Richard posner, Practical reasonability, John finnis, Marriage

---

[1] Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional no Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA.

[2] Doutor em Filosofia pela UERJ. Mestre em Filosofia pela PUC-RIO. Professor adjunto da Universidade Federal do Pará (UFPA) e do Centro Universitário do Pará (CESUPA).

1. INTRODUÇÃO

A escola econômica de direito constitui uma das mais recentes propostas intelectuais da teoria contemporânea e filosofia do direito. Ao combinar o trabalho das ciências econômicas com estudos jurídicos, estabelece o objetivo pragmático de uma metodologia que tenta obter a maior efetividade possível ao resolver casos difíceis. O representante mais conhecido é o professor da faculdade de direito de Chicago e juiz federal Richard Posner, cujo livro "*Economic Analysis of Law*", publicado pela primeira vez em 1973, se tornou o ponto de referência mais importante para o movimento.

John Finnis é certamente reconhecido dentre os mais destacados representantes contemporâneos da doutrina neotomista do direito natural, associado a chamada nova teoria do direito natural. Seu trabalho principal, "*Lei Natural e Direitos Naturais*" (publicado pela primeira vez em 1980), é reconhecido como um dos textos mais importantes da filosofia jurídica analítica do século XX.

A importância e a centralidade do pensamento dos supracitados autores na filosofia analítica do direito, bem como a ausência de estudos comparativos entre suas obras justifica o presente trabalho, que visa observar como teóricos que entendem a importância do conhecimento prático pensam os problemas jurídico-filosóficos.

Optou-se por explorar o tema do casamento, sendo este um dos poucos assuntos comentados diretamente por ambos os juristas, dado que Posner possui extensa coleção de artigos comentando a questão da sexualidade humana e Finnis elenca o casamento como um dos bens humanos básicos que o direito positivo deve sempre respeitar, incentivar e proteger. Para tanto, através de método hipotético-dedutivo, fora realizado levantamento bibliográfico e análise de julgado específico sobre o tema.

Compararemos as visões dos dois autores sobre o instituto jurídico do casamento através do voto do juiz Posner no caso *Baskin v. Bogan*, onde fora discutida a questão da união entre pessoas do mesmo sexo, observando sua coerência com princípios pragmáticos de eficiência na busca pela melhor resposta (com a maximização de riqueza para a sociedade), bem como a crítica articulada por Finnis, também coerente com os pressupostos morais objetivos de sua visão do casamento com um bem básico humano, cujo conceito deve ter limites sob pena de se tornar inócuo.

2. DIFERENTES CRITÉRIOS DE DIREITO

Primeiramente será exposto o pensamento de Richard Posner, considerado pai da escola da Análise Econômica Normativa do Direito. Exploraremos como este autor encara o processo de decisão judicial a luz das obras que marcam sua aderência ao pragmatismo jurídico.

Após, mostrar-se-á também a visão de John Finnis e como este autor articula conceitos teóricos como razoabilidade prática, bens humanos básicos e bem comum para formular uma filosofia moral que dá substrato ao aparato jurídico positivo, em um pensamento coerentemente circular.

2.1 PRAGMATISMO E NORMATIVIDADE NO PENSAMENTO DE RICHARD POSNER

Visando melhor compreensão acerca do instituto jurídico do casamento sob a ótica da análise econômica do direito, faz-se necessário discorrer primeiramente sobre as bases filosóficas que influenciaram esta corrente da teoria do direito, cada vez mais estudada e aplicada no âmbito do Poder Judiciário.

Ao longo de sua carreira, Richard Posner perfez um aprofundamento, ou mesmo uma mudança considerável em seu próprio pensamento jurídico. Em apertada síntese, o autor inicia sua teoria por influência do trabalho de economistas como Ronald Coase e Gary Becker. Ao aplicar o método econômico ao estudo de comportamentos não mercadológicos, estes economistas abriram caminho para a utilização dos variados métodos do estudo econômico em outras áreas, como o Direito e Sociologia.

Assim, ao lado de uma crença na supremacia da ciência econômica (em especial da chamada econometria) da época, este jurista apresentou uma teoria cética quanto a possibilidade da moral conseguir solucionar questões jurídicas e defendeu a maximização de riqueza como princípio normativo orientador das decisões judiciais, com ares de objetividade que afastavam considerações morais sobre o objeto de estudo.

Com o passar dos anos, contudo, o próprio Posner admitiu que as críticas formuladas por autores como Ronald Dworkin e Paul Bartor o levaram a aprofundar seus estudos filosóficos, admitindo-se então como pragmatista, reformulando o papel da maximização da riqueza em sua teoria e assumindo sua natureza política. Além disso, também foi assumidamente influenciado pelo fato de ter se tornado juiz federal por indicação do ex-presidente Ronald Reagan, quando passa a ter contato mais direto com a prática jurídica (POSNER, 2010, P. 19,20).

Assim, trataremos neste artigo de sua visão reformulada à luz do pragmatismo jurídico e filosófico, como exposta ao longo das obras "Para Além do Direito" (*overcoming law)* e "Problemas de Filosofia do Direito" (*problems of Jurisprudence)*, sem perder de vista o encaixe dessa "nova" visão nas obras anteriores.

Em certa maneira, Posner visava observar a ação e as relações humanas como estas acontecem, onde os magistrados devem decidir pensando na realidade e não em formalismos conceituais. O pragmatismo seria, portanto, uma antítese do formalismo jurídico, no qual se raciocina "encaixando" a realidade à modelos teóricos previamente concebidos (POSNER, 2009, p. 421).

Esta é uma definição de pragmatismo como método de investigação, como bem nota o referido autor nos capítulos iniciais de "Para Além do Direito", contudo, mais a frente, mostraremos que ele também apresenta um conceito normativo de pragmatismo.

Portanto, Posner acredita que "*o objeto da análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-las das questões factuais e empíricas*" (POSNER, 2007, p. 520), entendendo que as primeiras jamais apresentaram respostas satisfatórias por serem contingentes e, portanto, não são úteis aos magistrados que resolvem problemas práticos e, muitas vezes, com grande conflito valorativo.

Resumidamente, para Posner (2009, p. 4,7) os pragmatistas evitam apelar para princípios éticos que residem em um nível de abstração elevado demais, não os aceitando como universais. O pragmatismo jurídico, portanto, busca traduzir o fenômeno jurídico em fenômenos empíricos que possam ser testados sendo instrumental, consequencialista e antifundacional eis que a sociedade moderna liberal não tem filiação à dogmas metafísicos ou morais absolutas que a direcionem, de forma que o pragmatismo busca ser um instrumento racional de resolução de problemas práticos.

Exatamente em razão dessa miríade de opiniões e argumentações valorativas que impedem um consenso moral em uma sociedade politicamente diversa é que um teórico pragmatista como Posner sentirá a necessidade de desenvolver uma teoria jurídica que esteja alinhada com critérios objetivos e científicos e permita a interferência de instrumentos fora do direito e sem uma escolha política.

Assim, Posner duvida que qualquer método meramente retórico, como o formalismo jurídico, o interpretacionismo, e a teoria moral tenham efeito de restringir a discricionariedade do juiz. Neste artigo o foco será a crítica à teoria moral.

Posner não acredita que decisões práticas podem ser tomadas a partir de uma teoria abstrata e genérica, uma vez que lhes carece objetividade sistemática e metodológica suficientes para alcançar o consenso social, especialmente tendo em vista a pluralidade de valores da sociedade norte-americana moderna, e ainda da falta de garantias empíricas que forcem o juiz a seguir as próprias teorias e doutrinas (POSNER, 2007, p. 215-227).

Tudo isso leva Posner a afirmar que a natureza ontológica das questões jurídicas é indeterminável em termos práticos. Ou seja, que não há respostas certas, ou determináveis, para as questões jurídicas.

Em que pese não acreditar que as teorias científicas sejam capazes de incorporar verdades intrínsecas sobre o universo, ele reconhece a utilidade das mesmas como um mecanismo de aproximação entre os acadêmicos, os cientistas e os juízes (POSNER, 2009, p. 417). Nesse sentido, a ciência econômica é o instrumento escolhido pelo autor como referência nessa empreitada de tornar o direito mais pragmático.

A escola econômica de direito constitui uma das propostas mais recentes no mapa intelectual da teoria contemporânea e da filosofia do direito. Combinando o trabalho das ciências econômicas em conjunto com estudos jurídicos, ela estabelece o objetivo pragmático de aplicar uma metodologia mais precisa para a resolução casos difíceis. É um movimento que alcançou uma posição muito mais forte no sistema jurídico do *common law* americano do que na filosofia do direito da Europa Continental e, consequentemente, ainda tem pouca influência no Brasil.

O seu Princípio da Maximização da Riqueza utiliza o modelo político de liberalismo econômico inspirado em John Stuart Mill (mas não se prendendo exclusivamente a ele), o qual forneceria um critério objetivo e funcionaria, ao mesmo tempo, como limite que afastaria os juízes do Monstro Utilitário, bem como do Preciosismo Moral (que ele chama de preciosismo Kantiano). Busca Posner diferenciar, assim, seu próprio pensamento do utilitarismo (POSNER, 2010, p. 105-140).

Efetividade para Posner significa, acima de tudo, uma maximização da prosperidade social e, concretamente, uma maximização da disposição social para pagar o preço de um bem específico (POSNER, 2010, p.79)

Destarte, concentrando-se no aspecto normativo da teoria proposta por Posner, conclui-se que este entende que as instituições que aplicam a lei devem, no decurso de suas decisões,

favorecer soluções e interpretações que maximizem o que ele chama de “riqueza”, a qual não deve ser confundida com o conceito utilitarista de “bem estar” (POSNER,2010, p.105-140)

A escolha do liberalismo de Mill é justificada não por motivos econômicos, mas em decorrência da visão normativa do pragmatismo que ele passa adotar após seu aprofundamento filosófico. Como o pragmatismo preza pela testabilidade das teorias, é preciso que haja o que Posner chama de democracia epistêmica, ou seja, uma sociedade com tolerância a certos tipos de debates e ao pluralismo em oposição a sociedades tradicionais ou planificadas. Para ele, a sociedade liberal é empiricamente a que melhor reproduz esse ambiente (POSNER, 2009, p.474).

Isto porque para Posner, além de um método investigativo descrito acima, o pragmatismo também é “*instrumentalismo voltado para o futuro, que busca empregar o pensamento como uma arma que possibilite ações mais eficazes*” (POSNER, 2009, p. 417). Definido desta forma, Posner explica que o pragmatismo importa, para o sistema jurídico, a crença de que o Direito é eminentemente instrumental e seu fim é a maximização da riqueza. Isto porque a riqueza seria o modo mais objetivo de se apreciar a maximização de bem estar total da sociedade, bem como, a maximização de bem estar do indivíduo, sendo mais operacionalizável que qualquer outro método já proposto (POSNER, 2010, p.148).

No entanto, para os juízes, o pragmatismo importa uma reformulação do dever de julgar. O juiz não deve dar a decisão mais justa, ou mais correta, mas sim *a melhor decisão*. Levando-se em conta não só os fatores estritamente econômicos, mas as consequências políticas, sociais, e jurídicas da decisão (POSNER, 2007, p. 331-351).

Destarte, a dicotomia entre pragmatismo jurídico (e o que considera suas vertentes, como o Realismo Jurídico), e o formalismo também se tornaria insípida. Seria possível para o autor que, por motivos de ordem pragmática (que envolvem a escolha sobre o papel do judiciário ou a forma de democracia, por exemplo), um jurista escolhesse seguir o formalismo em algum caso, ou mesmo na maioria dos casos (POSNER, 2009, p.21-22).

Percebe-se que a mais significativa no pensamento de Posner decorre dessa percepção da necessidade de uma teoria normativa de base, pelo que passa a admitir que a maximização da riqueza não pode responder todas as questões.

Isso não significa que as questões difíceis ficariam sem resposta. O pragmatismo, para Richard Posner, aconselharia sempre a se guiar harmoniosamente pelo consenso político da época, ponderando entre as vias da mudança e os efeitos políticos da decisão.

Na medida em que Posner (2011, p. 47) constata que a "*economia é ciência das consequências do comportamento humano*", depreende-se que a mesma pode ser utilizada como abordagem instrumental para análise de dilemas morais, éticos e sociais, não necessariamente à casos que envolvam discussões diretamente relacionadas ao mercado material (como direito antitruste).

Nota-se que, curiosamente, apesar de descartar a aplicabilidade da Teoria Moral para a solução de casos concretos, Posner não descarta que em uma decisão o Juiz possa recorrer a argumentos morais ou mesmo de Direito Natural, principalmente se estes formarem de alguma forma o consenso de sua época.

Para o autor, a dicotomia entre direito positivo e natural seria então insípida, inútil, e traria mais problemas que soluções, isto porque "*os critérios para quando uma pessoa está autorizada a criar o direito são fornecidos de fora da atividade em si*", e ainda que "a *decisão de um juiz teria de ser bem maluca para ser considerada não-jurídica*" (POSNER, 2007, p. 320).

Portanto, conclui-se que Posner acata o entendimento de que as decisões dos juízes são inerentemente normativas posto que dependem de decisões fundamentais de base, não havendo método para se atingir uma objetividade neutra e imparcial. Foca-se, portanto, nas consequências sociopolíticas e na eficiência da decisão. Esta será a linha de análise de todos os tipos de problema por Posner, sejam eles econométricos, voltados para questões contratuais, comerciais e tributárias, sejam eles questões de caráter moral e comportamental, como o casamento.

2.2 A RAZOABILIDADE PRÁTICA DO DIREITO NATURAL DE JOHN FINNIS

Como visto no tópico anterior, Posner é um dos autores escolhidos para se abordar neste artigo por seu grande foco em aspectos práticos das relações sociais e pelo pragmatismo de sua teoria normativa do direito, aliada a economia como instrumento de análise de eficácia das decisões judiciais, destoando do formalismo que costuma reger o estudo do direito como ciência.

Em contrapartida, nesse tópico abordar-se-á outro autor cujo enfoque normativo é prático, mas de maneira amplamente distinta ao consequencialismo antifundacional da teoria econômica do direito: o direito natural analítico de John Finnis, autor australiano radicado no Reino Unido, sendo Professor da Universidade de *Oxford* e da Universidade de *Notre Dame*.

Antes de adentrarmos na análise do instituto jurídico do casamento, é necessária a exposição de alguns conceitos chave de deste autor, para melhor compreensão da linguagem e premissas que o mesmo utiliza.

A Teoria do Direito de John Finnis difere bastante dos autores da tradição analítica, posto que se trata de um jurista que acolhe uma dimensão finalística, preocupado com a ação e seus fins na análise do jurídico, retomando claramente a concepção filosófica aristotélico-tomista do Direito.

Para o autor, o direito pertence à ordem prática da realidade que se dirige a certos fins. Como a realidade humana apresenta uma grande uma variedade de fins, o teórico do direito precisa descrevê-lo, analisá-lo e explicá-lo, avaliando criticamente esses fins a partir de um critério ou ponto de vista prático (FINNIS, 2007, p.17).

Para Finnis, é necessário conceber um fundamento avaliador de juízos morais e não simplesmente afastá-los das decisões jurídicas. Este fundamento tem natureza prática, mas não se entende esta como um estudo científico, de natureza materialista (empírica) e nem um raciocínio pragmático aos moldes de Posner.

Em sua obra mais conhecida e estudada, "*Lei Natural e Direitos Naturais*"[1], o autor apresenta diversos conceitos que se repetem durante sua explicação sobre o que seria o Direito, as leis, a justiça e a ética. De início, Finnis apresenta seu método de análise do fenômeno jurídico, justificando o porquê deste ter de ser descritivo, porém, sem abrir mão de uma análise substancial. O objetivo do autor é descrever, articular e defender a existência de bens básicos que permitem o florescimento pessoal do indivíduo e que, segundo a sua hipótese central, servem de fundamento ético dos direitos humanos.

A apreensão destes bens pelo intelecto humano, através das exigências de razoabilidade prática, deve ser o objetivo do direito e o autor pretende demonstrar como as instituições jurídicas operam para proteger e salvaguardar esses bem básicos, bem como as condições em que essas ações de proteção se justificam.

> Existem bens humanos que só podem ser garantidos por meio das instituições do direito humano e requisitos de razoabilidade prática a que apenas essas instituições podem satisfazer. O objetivo deste livro é identificar esses bens, e esses requisitos de razoabilidade prática, para assim mostrar como e sob que condições tais instituições têm cabimento e de que maneiras podem (e frequentemente são) deficientes (FINNIS, 2007, p. 17).

[1] Tradução do original "*Natural Law and Natural Rights*".

Finnis adota, portanto, a visão da ética finalística de Aristóteles como base para sua teoria descritiva do direito, diferenciando o conhecimento prático do teórico. Na ordem do conhecimento prático, ou moral, deve-se adotar um método correspondente, capaz de conhecer o sentido da ação humana, a que ela se dirige, o seu bem. Esse método é o teleológico, a investigação dos bens humanos básicos cuja consecução realiza a natureza humana (PINHEIRO, 2019, p. 248).

No estudo da ação humana (ética ou filosofia prática), investiga-se a formação do juízo moral, o processo deliberativo que leva à conduta. A razoabilidade prática é a justificação das razões de determinado ato. Essas razões (quando boas e razoáveis) são os bens básicos a que elas, invariavelmente, se voltam.

Segundo Finnis (2007, p. 67), esses bens são autoevidentes, por isso indemonstráveis, objetivos, universais, irredutíveis e não hierarquizáveis entre si. Para exemplificar de modo convincente a natureza evidente e universal dos bens básicos, o autor discorre sobre o bem do conhecimento.

É inegável que o conhecimento é mais desejável do que a ignorância. Enquanto ausência de conhecimento, a ignorância aponta para a sua superação, revela-se condição (potência) para o conhecimento (ato) (FINNIS, 2007, p. 67).

Ora, o florescimento humano depende do desenvolvimento da capacidade cognitiva e isso é universal e inquestionável. Pode-se distinguir o conhecimento instrumental (com vistas a um fim que o transcende) do conhecimento especulativo-teórico (como um fim em si mesmo). Em relação à curiosidade natural, facilmente observável em qualquer homem, se diz que "é bom conhecer", independente da utilidade derivada do conhecimento (caráter universal).

Dessa forma, conclui-se que os bens humanos básicos são critérios de avaliação da ação moral, são princípios práticos evidentes, que informam a razão prática, que se pergunta pelos bons motivos para agir. São esses motivos que tornam a ação inteligível, compreensível, razoável. Servem para motivar as ações, como "*indicadores (bússolas) para o raciocínio moral*", evitando o relativismo mesmo considerando-se a grande diversidade dos valores morais em diferentes sociedades (FINNIS, 2007, p. 79).

Importante destacar que Finnis (2007, p. 89, 90) não está preocupado em realizar um juízo de valor ou identificar regras morais que são aceitas em todas as culturas humanas. Não há essa preocupação substancial específica na identificação dos bens humanos básicos.

O que o autor pretende é identificar formas universais de juízos básicos de valor que, apesar de poderem diferir em grau, intensidade, prática, tem o caráter de universalidade por serem compreendidas por todas as culturas humanas, revelando o leque de oportunidades na busca livre e seletiva de bens para a formação de um caminho pessoal, um plano racional de vida (FINNIS, 2007, p. 88, 89).

Todas as sociedades possuem uma preocupação com o valor da vida, no sentido da autopreservação, da procriação e da qualidade de convivência e sociabilidade, com a educação dos jovens, com a manutenção dos espaços de cooperação e lazer, com algum grau de experiência estética, sentimento religioso (no sentido de transcendência) e manutenção e transmissão de conhecimento teórico e prático, sendo todos estes exemplos de bens humanos que podem ser considerados básicos segundo o autor (FINNIS, 2007, p. 91-94).

Finnis sugere que não se trata de uma lista exaustiva de bens mas que, havendo inúmeros objetivos e formas de bens, todos estes, ao final de uma análise mais atenta, acabam por serem constatados como "*modos ou combinações de modos de buscar (nem sempre sensatamente) e realizar (nem sempre com sucesso) uma das sete formas básicas de bem ou uma combinação delas* (FINNIS, 2007, p. 95);

A escolha de qual bem é de fato mais importante em um plano coerente de vida cabe ao indivíduo, de forma livre e razoável, elegendo uma ordem de prioridades. Dessa forma, não há uma hierarquia de bens, sendo todos básicos e fundamentais, mas cuja forma de alcance é maleável. Todavia, essa subjetividade não impede que se tome a busca desses bens como essencial para que uma ação humana tenha finalidade (FINNIS, 2007, p. 98).

É possível perceber a crítica de Finnis às teorias éticas utilitaristas e mesmo ao pragmatismo filosófico, quando o autor afirma que o erro da modernidade (em contrapartida à reinserção das discussões morais de cunho metafísico na construção de um raciocínio prático, tal como proposto por Santo Tomás de Aquino) é tentar encontrar uma forma de bem-estar humano definitiva para o homem, mais importante do que qualquer um dos sete bens básicos, seja através de alguma forma de experiência ou de uma abstração como a "felicidade" (FINNIS, 2007, p. 100).

Percebe-se que o jusnaturalista entende que uma concepção de bem focada na experiência e no prazer, é errônea, pois o bem estar e a felicidade não podem ser simplesmente

tratados como alcançáveis através de sensações[2], mas na plenitude dos atos e na própria busca dos bens básicos.

Apesar dessa crítica ao utilitarismo focado na busca de uma felicidade que seria meramente sensorial, Finnis não descarta a importância das sensações de prazer e dor, apenas não as elege como fim e sim como importante meio para a busca dos bens que seriam realmente desejáveis (FINNIS, 2011a, p. 450).

Se as sensações e experiências não são a forma de se alcançar e participar dos bens humanos básicos, qual então seria a forma adequada de ação e raciocínio? Finnis responde a esse questionamento introduzindo um de seus conceitos mais conhecidos: a razoabilidade prática, também um bem humano básico. É a capacidade de efetivamente explorar a própria inteligência, a fim de fazer escolhas conscientes relacionadas aos objetivos e estilo de vida de uma pessoa e formar seu caráter, permitindo seu florescimento. Finnis entende a razoabilidade prática como estrutural e arquitetônica na busca dos bens básicos, pois permite alcançar a paz tanto em termos internos, quanto em termos externos, na busca livre da auto realização (FINNIS, 1983, p.70).

No entanto, a razoabilidade prática também desempenha um papel particular em toda a nova teoria do direito natural de Finnis. A capacidade de usá-la e entender os seus critérios é o que efetivamente possibilita separar o que é agir bem ou mal, na busca pelos bens básicos.

Entre os critérios de razoabilidade prática, Finnis inclui: o princípio de que na vida de um ser humano deve haver um plano de ação racional (coerente); ausência de preferências arbitrárias sobre um bem básico em relação aos outros; respeito por todos os valores básicos, também nas ações de outras pessoas; imparcialidade no sentido da igualdade de tratamento de todas as pessoas; e a exigência de que sejamos dirigidos pelas instruções da consciência no sentido de manter a coerência interior e de não entrar em conflito consigo mesmo. Em resumo, os requisitos são guias gerais para a execução de um projeto de vida e a moralidade é, por assim dizer, o "produto" de atender a essas demandas. (FINNIS, 2007, p.108, 128).

O autor valoriza, portanto, as escolhas e os critérios de julgamento, eis que mesmo que se reconheça a importância de todos os bens básicos, não é necessário e nem possível busca-los a todos igualmente em todas as ações. Para isso existem os critérios de razoabilidade prática que possibilitam um âmbito de escolha razoável.

---

[2] Ver a hipótese da "máquina de experiências", sobre a qual Finnis discorre de forma mais aprofundada no capítulo "*Desire, Understanding and Human Goods*" de seu livro "*Fundamentals of Ethics* (Georgetown University Press, 1983).

Dessa forma, cada um dos requisitos pode ser pensado como uma modalidade de obrigação ou responsabilidade moral. Segundo Finnis (2007, p. 129) "[...] *todo juízo moral resume a orientação de um ou de mais de um requisito*."

Ou seja, quando houver uma situação concreta que demande uma ação ou um juízo moral, para que se possa decidir de forma razoável é necessária a aplicação dos requisitos da razoabilidade prática que permitem uma escolha racional de compromissos, projetos e ações particulares para que o ser humano possa seu florescer individualmente e contribuir para a comunidade política em que está inserido.

Como se pode observar, trata-se de uma teoria complexa, que visa a investigação da estrutura profunda do pensamento prático e a construção de uma linguagem que opera um pensamento moral, a partir dos requisitos de razoabilidade prática.

Estas características diferenciam a teoria analítica de Finnis dos demais expoentes da filosofia analítica do direito, eis que o autor não tem receio de dar uma dimensão substancial (moral) ao direito sem recorrer à abstrações principiológicas e hermenêuticas, mas explorando a tradição da filosofia clássica, da ética das virtudes aristotélica e do realismo tomista, podendo ser tratada como uma moderna teoria do direito natural.

O próprio autor assim o reconhece, quando afirma que os requisitos da razoabilidade prática expressam o "método da lei natural" de elaborar a "lei natural" (moral) a partir dos primeiros e pré-morais "princípios da lei natural" (bens básicos) (FINNIS, 2007, p.108).

Não se trata de teoria propriamente liberal pois os indivíduos, quando escolhem seus planos de vida, mesmo exercendo um juízo individual, não estão escolhendo de forma arbitrária (egoísta) e sem nenhum vínculo moral prévio, mas de forma vinculada por sua razoabilidade prática, (critérios) e esta advém do relacionamento do indivíduo com a comunidade com a qual está inserido e cuja convivência lhe proporciona experiências para alcançar o florescimento pessoal.

Neste ponto Finnis diverge bastante de Posner pois, diante do ceticismo, do materialismo e do relativismo moral da sociedade moderna, o segundo aceita a realidade ética dada e abraça critérios e instrumentos científicos de fora do direito para fornecer soluções eficientes do ponto de vista econômico e que estejam em adequação com os princípios de liberalismo político e moral, ao passo que o primeiro ataca diretamente este relativismo e tenta afirmar bases éticas e critérios objetivos para a ação humana com o olhar voltado para o *ethos* comunitário.

> [...] Ao instanciar o bem humano básico da razoabilidade prática (que é como Finnis denomina a virtude aristotélica clássica da prudência), o agente moral atualiza uma inclinação natural de que depende a sua felicidade, contribuindo para a felicidade da comunidade política a que pertence [...] Uma postura radicalmente atomista, egoística e antissocial é afastada por Finnis como atentatória à própria razoabilidade do indivíduo, de que depende o seu florescimento. É o próprio bem da razoabilidade que funda a normatividade da autoridade do Estado, como instituição de direito positivo promotora do bem comum (PINHEIRO, 2019, p.243)

Se Posner aceita a grande diversidade de opiniões morais e tenta encontrar um método eficiente para resolução de casos difíceis pensando nas consequências econômicas das decisões judiciais, Finnis afirma que estas diversidades morais provem do uso inadequado ou desatenção a princípios (valores/bens) e requisitos de razoabilidade, sendo esta a principal crítica de Finnis aos hedonistas, cínicos e aos céticos morais (FINNIS, 2007, p. 129).

É possível observar que o autor preza pela ordem no agir humano e esta somente é possível através de um sistema jurídico, normativo que proteja os bens humanos básicos. E para esse sistema ser possível, é necessário a experiência prática, que somente pode ser obtida observando o agir comunitário. Dentro desse pensamento circular, não há espaço para arbitrariedades (PINHEIRO, 2019, p. 243).

3. O CASAMENTO E SUA FINALIDADE

Compreendendo as premissas e fundamentos do pensamento prático de Posner e Finnis, será feita uma análise do instituto do casamento, sua finalidade e da forma de resolução de problemas que o envolvem, observando o método de cada um dos autores.

Para tanto, servirá como exemplo o caso *Baskin v. Bogan*, no qual Posner atual como magistrado em sede recursal e proferiu decisão favorável à união homoafetiva, cujos fundamentos foram alvo de críticas por Finnis, ao questionar os fundamentos e premissas adotados pelo juiz de Chicago.

3.1. UMA PERSPECTIVA PRAGMÁTICA

Um dos principais precursores da visão empírica de Posner foi Gary Becker, que em seu trabalho intitulado "*A Theory of Marriage*" inaugurou o estudo do casamento a partir do modelo da "escolha racional", modelo próprio da Economia (FERREIRA,2012, p.219).

Para Becker, as relações matrimoniais poderiam ser encaradas como uma espécie de mercado de casamentos, onde os indivíduos buscam pares buscando a melhor utilidade para si, enquanto avaliam os custos e restrições de cada opção (FERREIRA, 2013, p.6968).

O pressuposto metodológico para estudo dos casamentos pela economia, é a ideia de que mesmo nas uniões familiares os indivíduos buscam a maximização da utilidade. O divórcio, por exemplo, seria explicado como a alternativa viável quando o nível de utilidade esperado não mais se concretiza no seio da sociedade conjugal (FERREIRA, 2012, p.221-222).

Importante observar que Posner chega até a advogar a ideia de que o casamento seja tratado de forma "amoral" (POSNER, 2009, p. 363-364), alegando ainda que seria melhor para a sociedade caso as partes interessadas pudessem fixas obrigações, prazos e deveres mais livremente, como em um simples contrato (FERREIRA, 2012, p.239).

Por causa dessa visão, Posner focou seus estudos mais na análise da sexualidade do que no instituto jurídico do casamento (divergindo da forma tradicional como o tema costuma ser estudado no meio jurídico).

Seu estudo mais aprofundado sobre sexualidade se deu no livro "*Sex and Reason"* de 1992. O interesse principal pelo tema não era estudar o instituto do casamento, mas vários outros aspectos legais da vida sexual. Como o próprio Posner descreve, o interesse surgiu a partir de um julgamento que presidiu sobre a constitucionalidade de uma proibição local sobre casas de "*strip dance"* (POSNER, 2015a, p.534).

Nesta obra, o jurista procura explicar por exemplo como os fatores econômicos influenciam nas estratégias que homens e mulheres utilizam para exercer sua sexualidade, além de tentar dissociar a atividade sexual de qualquer carga moral (POSNER, 2009, p. 363-364).

Ainda no mesmo livro, Posner se mostrará pouco interessado no estudo sobre o casamento homossexual. Segundo ele afirmaria muitos anos mais tarde, à época o tema não era de interesse público e ele seria até então um "agnóstico" em relação ao debate do casamento homossexual. (POSNER, 2015a, p.535).

Como Posner dificilmente trata isoladamente da questão do casamento, é necessário analisar a evolução de seu pensamento acerca do casamento homossexual (marcada por uma mudança de posição) a fim de entender melhor sua concepção deste instituto.

Na supracitada obra "*Sex and Reason"*, Posner defendeu que muitos dos efeitos legais que decorrem do casamento foram projetados tendo em mente casamentos heterossexuais (como direito a adoção, questões tributárias, previdenciárias e afins), e que estes institutos

poderiam não se encaixar perfeitamente na realidade dos casais homossexuais. (Posner, 2015b, 535).

Em 1996 o professor William Eskridge, da faculdade de Direito de Yale, o qual advogava pela existência de um direito constitucional ao casamento homossexual, escreveu um artigo chamado "*The Case for Same Sex Marriage",* onde teceu críticas sobre o posicionamento de Posner.

Uma de suas críticas era de que as normas sobre casamentos, adoção, guarda e afins estavam mais relacionadas com o comprometimento entre as partes, e com o cuidado dos filhos do que com a sexualidade dos envolvidos. (Posner, 2015a, 535)

Posner então escreveu um artigo intitulado "*Should There Be Homosexual Marriage? If so, Who Should Decide?"* (1997). Neste artigo, Porner acatou as críticas feitas por Eskridge, reforçando a ideia de que o casamento seria um contrato entre partes, porém foi contra a existência de um direito constitucional ao casamento homossexual.

Então, podemos entender que Posner concebe primeiramente o casamento como um contrato onde ambas as partes buscam a melhor utilidade, sendo que este contrato deveria ser dissociado de questões morais e até reprodutivas.

Segundo o autor, não haveria na Constituição americana nenhum elemento claro que permitisse ao Judiciário concluir pela existência de tal direito, além disso, como não haveria conhecimento sobre os eventuais efeitos de tal liberação, e a opinião pública da época era fortemente contrária ao casamento homossexual, os juízes não estariam autorizados a extrair tal direito do texto constitucional, mas esta escolha poderia ser feita pelo Legislativo (Posner, 2015a, 537)

É preciso lembrar aqui que Posner adota o pragmatismo jurídico, e não acredita na existência de respostas certas para questões jurídicas, pois a natureza ontológica das questões jurídicas é inerentemente indeterminável em termos práticos (POSNER, 2007, 215-227).

Conforme o autor, a indeterminabilidade do Direito tem uma consequência clara: As decisões dos juízes são necessariamente discricionárias, toda interpretação é necessariamente criativa, e, por conseguinte, todo juiz é um legislador (mas com restrições e incentivos diferentes do legislador comum).

Assim, toda decisão judicial é inerentemente normativa na medida em que perfaz uma escolha fundamental, a própria escolha entre formalismo, positivismo, realismo e outras opções depende de uma decisão prévia sobre qual sistema político, qual a divisão de poderes ideal, qual

o papel do judiciário, ou mesmo, qual tipo de democracia se intenciona, de forma que um direito ao casamento homossexual não seria uma discussão madura para a opinião pública à época da publicação do livro.

Essa posição veio a mudar em 2014 quando Posner participou, como magistrado da Corte de Apelação, do julgamento do caso *Baskin vs Bogan*. Neste caso, um grupo de casais homossexuais buscava reconhecimento de inconstitucionalidade da lei que proibia casamento homossexual nos estados de Indiana e Wisconsin.

O referido autor defendeu que as proibições seriam inconstitucionais, uma vez que não havia argumento razoável contra a legalização. Em seu artigo, "*Supreme Court gay marriage: John Roberts' dissent in Obergefell is heartless"*, publicado na internet, Posner chegou a comparar a proibição do casamento homossexual à proibição do casamento entre negros e brancos (POSNER, 2015b, p.1).

Como ele mesmo viria afirmar em artigo no mesmo ano, sua mudança de posição foi baseada explicitamente na mudança da opinião pública. Para ele, quando os juízes decidem devem fazer muito mais do que consultar "*documentos feitos por pessoas do século XVIII e XIX*" (tradução livre), e deve levar em conta vários fatores, entre eles a aceitação pública das possíveis decisões (POSNER, 2015b, p.538 e 541).

O autor, que antes se mostrava contra a legalização do casamento homossexual pelo desconhecimento dos efeitos de uma eventual liberação, passou a entender que a ampla aceitação social das uniões homossexuais justificaria a sua autorização pelo Judiciário, diminuindo assim os custos para que crianças sejam adotadas e homossexuais encontrem parceiros bem como, em sua visão, eliminando uma discriminação injustificada.

Mais uma vez, esta mudança é explicada pela forma pragmática do autor ao encarar o Direito e os desafios dos casos difíceis. Como não haveriam respostas certas, o autor entende que o papel do Juiz é decidir com base em elementos práticos como a posição da economia, da ciência, a opinião pública, sempre buscando maximizar a utilidade para todos. É foi exatamente o que fez, na teoria (como acadêmico) e na prática (como magistrado).

3.2 O CASAMENTO COMO UM BEM HUMANO BÁSICO.

No bojo da obra "Lei Natural e Direitos Naturais", em uma primeira análise dos bens humanos básicos, Finnis não classificou o casamento como um destes bens, mas apenas destacou a procriação como um aspecto fundamental da vida (continuidade), distinguindo-a do

que classificou de instinto de cópula, do instinto de autopreservação e dos instintos maternais e paternais. Para Finnis (2007, p.92), o intercurso sexual pode ser "*um jogo e/ou expressão de amor e amizade e/ou tentativa de procriação*".

Desta forma, o autor divide a decisão de ter um filho em razão da ideia de propagação da vida, da decisão de efetivamente cuidar da prole, que classifica com um ato de busca de bens básicos distintos, tais como a sociabilidade (ou amizade).

É curioso que nessa primeira e direta abordagem, o autor inferiu que todos esses aspectos referentes a procriação não podem ser julgados por um mesmo referencial antropológico ou mesmo por um juízo ético que aglomere família, procriação e educação da prole como um "*aglomerado indistinguível de responsabilidades morais"* (FINNIS, 2007, p.92).

No Pós-escrito da 2ª Ed da mesma obra, Finnis (2011a, p. 446, 447) muda seu entendimento e passa a classificar o casamento como um bem humano básico distinto do bem da vida eis que, quando as partes nele participam, florescem tanto individualmente como quanto casal, pois a união estimula o crescimento do cônjuge como pessoa (responsabilidades conjugais) e pela capacidade de gerar outro ser, isto é, trazê-lo à existência desde a concepção até se tornar um adulto plenamente capaz de participar do florescimento humano de forma pessoal (FINNIS, 2011b, p. 136).

Dessa forma, Finnis entende o casamento como uma comunhão distinta da simples amizade ou da geração de uma nova vida, pois o tipo de compromisso de exclusividade e permanência e a exigência específica de ser um bom cônjuge, não somente um bom pai ou mãe de forma individualizada, torna o casamento uma relação única, apesar de terem características comuns em seu conceito, pois um plano de vida racional e coerente demanda diversos tipos de cooperação e compromissos (FINNIS, 2011a, p. 448).

A partir desse conceito, resta compreensível a crítica que Finnis fez ao julgamento do juiz Posner no já comentado caso *Baskin v. Bogan*, envolvendo uma discussão sobre a constitucionalidade do casamento homossexual nos estados americanos de *Winsconsin* e *Indiana*, publicada através do artigo "*The Profound Injustice of Judge Posner on Marriage*".

A crítica se constrói diante da falta de respostas as justificativas centrais para a proibição do casamento entre pessoas do mesmo gênero pelo Estado de Indiana, aos quais Finnis afirma serem a otimalidade (qual tipo de criação é a melhor para as crianças) e a importância do parentesco biológico (que resulta da relação sexual entre pessoas de sexo distinto).

Finnis afirma que Posner contradiz até mesmo a si próprio, quando esquece o que afirmou no livro “Sex and Reason”, pois ignora na decisão os benefícios que o amor (ou altruísmo) e a devoção que os pais devem aos filhos possuem também um fator sociobiológico (FINNIS, 2014, p. 3)

Ademais, partindo do conceito de que o casamento é um bem básico e demanda um tipo de plano coerente de vida que inclui a intenção de procriação e a amizade conjungal (eis que homens e mulheres que se unem em um plano comum tem mais chances de gerar famílias funcionais), Finnis afirma que é dever do Estado de Indiana em estimular esse plano de vida.

Outro argumento importante é que o casamento não pode ser um ato meramente simbólico, subjetivista e abstrato, pois todo conceito deve ter limites, para não perder a eficácia. Se o casamento tem a reconhecida finalidade procriadora, a atividade sexual entre pessoas do mesmo gênero é irrelevante para o seu conceito. Isso implica em reconhecer que, se não houvesse essa limitação, todo tipo de atividade sexual poderia ser reconhecida como casamento e isso incluiria a poligamia, cujos efeitos negativos na criação de uma criança são evidentes (FINNIS, 2014, p. 5).

Mas a crítica mais dura vem ao que Finnis chama de argumento central de Posner, que seria a questão do benefício de incentivar a adoção de crianças abandonadas por seus pais e eliminar o preconceito aos filhos de pais do mesmo sexo.

Finnis afirma que tais argumentos não somente não são racionais, por qualquer ótica em que sejam analisados, por ignorarem a relevância estatística de seus preceitos, como também por não levar em considerações as consequências dessa legalização: um estímulo às transações envolvendo a concepção de crianças.

O argumento inicial é que não há grandes ganhos para as crianças nesse sentido, pois as adoções por casais homoafetivos iriam representar uma fração muito pequena (cerca de 2 a 5%) deixando ainda uma grande fração para ser adotada por pessoas solteiras ou casais conjugais.

Mas o custo maior seria decorrente do incentivo a uma espécie de mercado de filhos para adoção, eis que a legalidade incentivaria uma espécie de produção artificial (barriga de aluguel) que aumentaria as chances de abuso infantil e exploração econômica da gravidez.

Essa consequência suposta por Finnis é classificada como indigna, eis que as crianças são geradas com o a intenção expressa de serem privadas do convívio com o pai e a mãe muitas vezes por motivos econômicos.

Por fim, quanto a questão da falta de base da proibição alegada por Posner, Finnis afirma que tal entendimento é falso e irracional. Seria fruto de um entendimento errôneo de equidade e reconhecimento social que, na realidade, implicam em questões ideológicas e políticas, sem base científica ou racional. Tratar-se-ia, portanto, de mera substituição de conceitos definidos como mãe, pai, masculino e feminino da vida social por conceitos obscuros previstos em ideologias de gênero (FINNIS, 2014, p.9).

Resta evidente, tanto no supracitado artigo de Finnis, como em outras obras nas quais o autor trata do tema do casamento, que este tem uma compreensão coerente deste instituto jurídico e social, pois o associa e integra à sua teoria dos bens humanos básicos, dotando-o de objetividade e substância moral.

Por óbvio, tais preceitos vão diretamente de encontro ao entendimento do Juiz Posner que despreza uma assunção de conceitos morais em suas decisões, preferindo por analisar (ao menos no caso *Baskin v. Bogan*) o que entende como conjuntura histórica e fática as sociedade em relação ao casamento homoafetivo.

Depreende-se que, na visão de Finnis, a decisão de Posner não preenche os requisitos do que considera como o "verdadeiro pragmatismo filosófico", tratando-se de puro ceticismo sobre a verdade e uma aceitação involuntária de incoerência lógica, que acaba por representar uma mera vontade arbitrária (FINNIS, 2011b, p. 148).

Ao final do exposto, a questão entre os dois autores dificilmente seria resolvida da mesma forma, posto que a amoralidade do método pragmático de Posner jamais seria aceita por Finnis, seja em decisões judiciais envolvendo o casamento ou qualquer outro tipo de relação social eis que, para o primeiro, o ceticismo moral e ético leva à ideia de que existem questões que estão além da capacidade de resposta racional. Com base nesta lógica, Posner acaba aderindo à respostas sem fundamento e sem princípios, em verdadeiro ecletismo moral (FINNIS, 2011b, p. 172).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exposição do método pragmático de Richard Posner e da teoria dos bens humanos básicos de John Finnis demonstra bem as divergências metodológicas e substanciais entre os dois autores e a improvável concordância entre os dois juristas analíticos no estudo de qualquer instituto jurídico.

Esta divergência pode ser percebida inclusive pela falta de debates diretos entre os dois autores, sendo o tema do casamento uma das poucas exceções e que, ainda assim, limitou-se a artigos de opinião, inexistindo um diálogo mais aprofundado em obras acadêmicas mas tão somente referências esparsas (normalmente críticas e objeções pontuais).

O trabalho iniciou apresentando a visão de Richard Posner, que consiste na negação da existência de respostas certas ou ao menos determináveis e capazes de gerar pacificação, no ceticismo em relação a aplicabilidade de teorias morais na busca por respostas jurídicas, e assim, na defesa de que as decisões dos juízes são inerentemente valorativas e buscam *a melhor decisão* (eficiente), e não *a mais correta.*

O pragmatismo de Posner envolve um método absolutamente amoral e cético na análise dos fatos sociais, focado no conceito de maximização de riqueza e, na falta de resposta certa, aquela que o Juiz considerar a melhor ao analisar as consequências políticas, sociais e jurídicas da decisão (POSNER, 2007, p. 331-351).

Partiu-se então para Finnis, que foca no conceito de razoabilidade prática e na existência de bens humanos básicos que devem ser protegidos pelo direito. Isso implica no reconhecimento de que as normas, as decisões judiciais e todo o aparato jurídico positivo deve observar, em maior ou menor grau, os bens e variações de graus de participação das pessoas, protegendo esse "núcleo fundamental" de direitos que advém de uma prática e uma experiência comunitária que visa o florescimento individual e coletivo dos homens.

Após a parte introdutória, o pensamento de ambos os autores foi comparado a partir de uma decisão judicial proferida por Posner sobre o casamento homoafetivo, analisando os fundamentos da decisão deste (maiores benefícios do que custos para as crianças adotadas, alteração histórica do entendimento da sociedade, evitar discriminações à minorias) e a resposta de Finnis (casamento como bem básico e plano coerente de vida, ambiente familiar mais saudável, incentivo ao casamento procriador, limites conceituais para evitar abuso infantil).

Ao final, chega-se à conclusão de que qualquer problema ou instituto jurídico analisado pelos autores dificilmente seria resolvido ou analisado da mesma forma, posto que apesar da aparente convergência do pensamento de ambos a um raciocínio prático, as diferenças metodológicas e conceituais são imensas, pois o pensamento de Posner é antiteórico e proposto dentro de uma ideia de sociedade política liberal pluralista, ao passo que a teoria de Finnis, apesar de prever a possibilidade de variação ética entre comunidades diversas, pressupõe um núcleo inamovível de bens que não podem ser violados pelo direito positivo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. Análise econômica dos institutos do casamento e do divórcio. **Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais**, v. 13, n. 1, 2012.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. Teoria Econômica do Casamento e da Escolha do Regime de Bens. **RIDB–Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano**, v. 2, p. 6935-6972, 2013.

FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais. **São Leopoldo: Unisinos**, 2007.

_____. Natural law and natural rights. **Oxford University Press**, 2011a.

_____. Philosophy of law: Collected essays volume IV. **Oxford University Press**, 2011b.

_____. The Profound Injustice of Judge Posner on Marriage". **Public Discourse**, 2014. Disponível em <https://www.thepublicdiscourse.com/2014/10/13896/>

POSNER, Richard A. A economia da justiça. **São Paulo: WMF Martins Fontes**, 2010.

_____. ***Eighteen Years On: A Re-Review***. *The Yale law Journal*, 2015a. Disponível em < https://www.yalelawjournal.org/pdf/f.533.Posner.542_6nzk636n.pdf>

_____. Fronteiras da teoria do direito. **São Paulo: M. Fontes**, 2011.

_____. Para além do direito. **São Paulo: WMF Martins Fontes**, p. 584, 2009.

_____. Problemas de filosofia do direito. **São Paulo: M. Fontes**, 2007.

_____. ***Supreme Court gay marriage: John Roberts' dissent in Obergefell is heartless***. 2015b. Disponível em < https://slate.com/news-and-politics/2015/06/supreme-court-gay-marriage-john-roberts-dissent-in-obergefell-is-heartless.html >.

PINHEIRO, Victor Sales; NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. Razão prática, direito e bem comum na teoria da lei natural de John Finnis. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, v. 12, n. 2, p. 240-265, 2019.