

# SEXO, DIREITO E ECONOMIA: A CONTRIBUIÇÃO DE RICHARD POSNER PARA A QUESTÃO DA HOMOSSEXUALIDADE

Viviane Pires Carvalho \*

Giácomo Balbinotto Neto \*\*

Resumo: Este artigo analisa a homossexualidade sob a abordagem de direito e economia. Através da análise econômica do direito avaliaremos os custos e benefícios do comportamento sexual de pessoas com orientação homossexual, especialmente com base nos trabalhos de Richard Posner, que trata o comportamento sexual como consequência de escolhas racionais feitas pelos indivíduos, dados seus custos e benefícios.

Palavras Chave: sexo, direito e economia, a economia da homossexualidade

Abstract: This article will examine homosexuality under the approach of law and economics. With economic analysis of law, we will evaluate the costs and benefits of the sexual behavior of people with homosexual orientation, especially supported by the work of Richard Posner, which dealt with sexual behavior as a result of rational choices made in the face of the costs and benefits..

Keywords: Sex, Law and economics, economics of homosexuality

---

\* Mestranda em Direito/PPGDIR/UFRGS.

\*\* Professor do PPGE/UFRGS.

## 1. INTRODUÇÃO



O objetivo desse artigo é analisar a questão da homossexualidade sob a abordagem da Law and Economics com base nos trabalhos desenvolvidos por Richard Posner, o qual é considerado um dos principais expoentes da Law and Economics<sup>1</sup>, que tratou o comportamento sexual como consequência de escolhas racionais feitas pelos indivíduos.

Segundo HOUAIS (2001), a homossexualidade figura como sinônimo de homossexualismo, e é definida como a prática de relação amorosa e/ou sexual entre indivíduos do mesmo sexo.

Segundo Fan (2014, p.113), a maioria das pesquisas sociológicas parecem indicar que, nos países ocidentais, entre 1 a 3 por cento da população seria homossexual.

A abordagem econômica da homossexualidade possibilita analisar como experimentamos a vida a partir dos desejos; quais as finalidades do sexo e os meios de servir a essas finalidades; ela analisa os custos e os benefícios da prática sexual; examina quais as consequências das condutas realizadas para atingir os desejos sexuais; e, igualmente, verifica os efeitos da regulação do comportamento sexual.

Segundo Fan (2014, p.115), o sexo oral e anal, há muito tempo foi descoberto pelos seres humanos como um modo de satisfazer seus desejos sexuais, entretanto, nenhum deles pode resultar em procriação, deste modo, dois indivíduos poderiam desempenhar atividades sexuais independentes do seu gênero. Além disso, o sexo oral, anal e outras atividades sexuais não vaginais eliminariam o risco de uma gravidez não desejada. Deste modo, conclui Fan (2014, p.115) – a atividade homossexual pode, assim, ser considerada uma alternativa efetiva para assegurar que o sexo vaginal nunca tenha lugar.

---

<sup>1</sup> Sobre o tema, veja-se MACKAAY, EJan. History of Law and Economics, p.76.

A regulação do comportamento sexual, inclusa a questão da homossexualidade, é realizada nos estudos do direito de família e de regulação do comportamento sexual.<sup>2</sup> O estudo, por exemplo, do casamento homossexual consigna que sua proibição eleva o custo da relação monogâmica homossexual, e conseqüentemente à promiscuidade, porque o casamento é visto como um subsídio para a monogamia.<sup>3</sup> Para a economia, ter preferência homossexual é perceber a relação homossexual como provedora de maior benefício em termos de prazer do que a relação heterossexual proveria.

O ponto central da abordagem econômica é que os indivíduos agem racionalmente para a consecução de seus objetivos.<sup>4</sup> Em um mundo onde os recursos são escassos em relação aos desejos humanos, podemos dizer que o indivíduo homossexual escolherá os meios mais apropriados, em matéria, tanto de custos quanto de benefícios, para vivenciar os prazeres sexuais preferidos. Gostos, desejos e preferências se relacionam e submetem-se aos regulamentos legais existentes sobre sexualidade, os quais conformam, delimitam e incentivam o comportamento dos indivíduos.

A relevância da análise econômica sobre a questão se-

---

<sup>2</sup> Para um aprofundamento do tema, veja o capítulo 5, POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6.ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p 145-165.

<sup>3</sup> Estudos econômicos sobre a lei e casamento de pessoas do mesmo sexo, ver ALLEN, Douglas W. *An Economic Assessment of Same-sex Marriage Law*. Harvard Journal of Law & Public Policy. Vol 29.N3. p. 949-980; NISHIMOTO, Ryan. *Marriage Makes Cents: How Law & Economics Justifies Same-Sex Marriage*. Boston College Third World Law Journal. Vol 23. (2003). p. 379-398.; CHRISTENSEN, Craig W. *If Not Marriage? On Securing Gay and Lesbian Family Values by a "Simulacrum of Marriage"*. Fordham Law Review. Vol66. (1998).p.1699-1784.; BLACK, Dan. A., SANDERS, Seth G. e TAYLOR, Lowell J. *The Economics of Lesbian and Gay Families*. Journal of Economic Perspectives. Vol 21. N2 (2007). p. 53-70.

<sup>4</sup> Sobre a "escolha racional" veja ULEN, THOMAS S. *Rational Choice Theory in Law & Economics*. Disponível em <http://encyclo.findlaw.com/0710book.pdf>; SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Chapter 8. Cambridge: Harvard University Press. 2009, p.174-193. MCKENZIE, Richard B. TULLOCK, Gordon. *La Nueva Frontera de La Economía*. Capitulo IV. Madrid : Espasa-Calpe, 1980. p. 66-78.

xualidade está na possibilidade de levantar questões sobre o comportamento sexual estratégico das pessoas, demonstrando como elas experimentam a vida a partir de seus desejos; quais as finalidades do sexo e os meios de servir a essas finalidades; analisa os custos e os benefícios da prática sexual; examina quais as consequências das condutas realizadas para atingir os desejos sexuais; e, igualmente, verifica os efeitos que a regulação do comportamento sexual possa ter.

A regulação do comportamento sexual é relevante para sociedade em matéria de segurança. Sua importância se dá quanto à externalidades geradas sobre terceiros. O comportamento sexual de um indivíduo é relevante se esse comportamento levar ao crime, for sintomático de um transtorno de personalidade, levar um indivíduo vulnerável à coerção, ou quando o mesmo é realizado em locais públicos. Contudo, para a temática da pesquisa, o comportamento sexual é uma questão de escolha que proporcionará maior benefício em termos de prazer.

Além desta introdução, o artigo está dividido em mais três seções. Na segunda seção analisa-se a homossexualidade sob a abordagem de *law and economics* segundo a teoria da racionalidade do comportamento sexual proposta por Richard Posner. Em seguida exporemos uma análise crítica dessa teoria com opiniões de outros autores e como essa teoria contribuiu para as questões da homossexualidade. Por fim, com base no que foi visto nas seções anteriores apresentamos as conclusões sobre o tema.

Com isto, esperamos contribuir para o enriquecimento do debate sobre a questão da homossexualidade através da abordagem de *law and economics*.

## 2. SEXO, DIREITO E ECONOMIA E A QUESTÃO DA HOMOSSEXUALIDADE EM RICHARD POSNER.

Esta seção analisará a homossexualidade sob a abordagem de *law and economics*, baseando-se principalmente nos trabalhos de Richard Posner.

A homossexualidade é tema recorrente nas obras de Richard Posner. No livro *Sex and Reason* (1992) a homossexualidade tem destaque no capítulo 11 "Homosexuality: The Policy Questions" (p. 291-323) que é o capítulo do livro que trata especialmente de questões relacionadas com a homossexualidade. No entanto, o tema também aparece no Capítulo 2 "Autres Temps, Autres Moeurs", especialmente nas páginas 42-44, 48-50, 51-52, 57-60, 63-66, 67-68, esse capítulo aborda os costumes sexuais ao longo da história; no Capítulo 5 "Sex and Rationality" que aborda, especificamente, a racionalidade sexual a homossexualidade aparece nas páginas 114-15, 117, 119, 122-26, 128-30, 136-37, 141; no Capítulo 6 "The History of Sexuality from the Perspective of Economics" a homossexualidade tem destaque nas páginas 147-51, 151-61, 161-73; no Capítulo 7 "The Optimal Regulation of Sexuality" observa-se que homossexualidade é tratada nas páginas 202-03, 207-08, 209, 215; no Capítulo 8 "Moral Theories of Sexuality" as questões morais envolvendo a homossexualidade é discutida nas páginas 223-24, 228-30, 232-33, 234; no Capítulo 12 "The Sexual Revolution in the Courts", as páginas 341-49 retratam como as questões homossexuais foram julgadas nos Tribunais; no Capítulo 13 "Erotic Art, Pornography, and Nudity" a homossexualidade aparece nas páginas 375-81; no Capítulo 14 "Coercive Sex" o autor insere a questão da homossexualidade nas páginas 398-99, 403-04; e, por fim, no Capítulo 15 "Separating Reproduction from Sex" a homossexualidade é abordada nas páginas. 417-20.

Por sua vez, no livro *Para Além do Direito* (2009), a homossexualidade tem destaque especial no capítulo 26 "A economia e a construção social da homossexualidade" (p.580-608). No entanto a temática da homossexualidade aparece,

igualmente, na “Introdução” (p.24,28); no capítulo 4 “A profissão em crise: Alemanha e Inglaterra (p.162); no capítulo 6 “Possuímos uma teoria constitucional? (p.216); no capítulo 7 “Positivismo jurídico sem direito positivo” (p.268-9); no capítulo 16 “Biologia, economia e a crítica feminista radical” (357-8, 360-3, 365, 367, 370-1); no capítulo 17 “Obsessão pela pornografia” (p.404); e no capítulo 23 “Direito e literatura revisitos” (p. 499).

O núcleo analítico do pensamento de Posner (2003, p.3) é racionalidade econômica. Segundo Posner (1992, p.3-4), a economia é a ciência do mundo racional no qual os recursos são limitados em relação aos desejos humanos. A tarefa da economia seria, assim, a de explorar as implicações de assumir que os agentes econômicos sejam maximizadores racionais de seus fins ao longo da vida. O comportamento é racional, destaca Posner, quando ele se conforma ou se adequa aos modelos de escolha racional, isto é, quando o agente autointeressado responde aos incentivos existentes. Contudo, a maximização racional não deve ser confundida, como ele mesmo adverte, com um cálculo consciente. Na realidade ela é uma hipótese de comportamento dos indivíduos na qual eles fazem escolhas entre alternativas.

McKenczie e Tullock (1980, p.20) dizem que em uma ação de escolha, quando decidimos fazer uma coisa, devemos renunciar de fazer ou obter outra, sendo o custo o limite da ação. Portanto, para conseguirmos determinada coisa teremos que dar outra em troca, em termos de tempo, prazer psíquico e recursos que podemos utilizar com propósitos diferentes.

O ponto de partida da análise desenvolvida acerca da homossexualidade é que o objeto do desejo homossexual é uma questão de escolha racional.

Posner (1992, p. 85) propõe tratar a questão sexual através do conceito “morally indifferent sex”. Isso significa que a análise do comportamento sexual, seja pela ótica da lei

ou pela ótica dos costumes e padrões de comportamento, há de ser tratado sem o pano de fundo emocional, ou seja, o mesmo deve ser tratado como uma matéria fática. Nesse contexto, analisar a homossexualidade através da abordagem econômica é retirar as amarras morais que por ventura se tenha e considerar os custos e benefícios dos comportamentos sexuais do indivíduo.

Para Posner (2009, p.582) um indivíduo homossexual é “qualquer pessoa que, sendo iguais todas as outras variáveis, prefere alguém do mesmo sexo, como parceiro sexual, a alguém do sexo oposto”. Sob essa ótica, a relação sexual homossexual proverá maior benefício em termos de prazer do que a relação heterossexual. Entretanto, nem sempre as variáveis serão iguais para que essa relação seja sempre praticada ou escolhida em detrimento de outra. Quando as variáveis não forem iguais, a ponderação dos custos e benefícios determinará a frequência com que o indivíduo homossexual busca, escolhe e pratica a atividade sexual preferida.

Como a ponderação dos custos e benefícios determinará a frequência relativa da prática sexual homossexual, podemos inferir que havendo alteração nas circunstâncias sociais e legais na sociedade, a prática sexual poderá ser alterada, tanto em sua quantidade, quanto nas diferentes formas do comportamento sexual.

Posner (2009, p.581) distingue o desejo sexual do comportamento sexual. O comportamento sexual é ato ou conduta realizada pelo desejo sexual. O desejo sexual apresenta-se tanto pela atração como pelo impulso sexual, sendo composto pela preferência sexual e o apetite sexual. Essa oposição é fundamental para a análise da questão da variedade de parceiros que um indivíduo homossexual possa ter, bem como, das diversas atividades sexuais praticadas pelo mesmo.

A disposição das preferências sexuais se relaciona ao número de parceiros sexuais, bem como, ao valor que o indiví-

duo atribui às diferentes formas e objetos da atividade sexual. O apetite sexual tem relação com a vontade, à intensidade; desse modo quanto maior for o apetite sexual de um indivíduo, mais este maximizará a atividade sexual, estando disposto a renunciar a determinado bem, para poder praticá-la. (Posner, 2009, p.581).

Atribuindo ênfase ao valor que as pessoas conferem às finalidades sexuais, Posner (2009, p.584), afirma que “o valor que as pessoas atribuem às várias finalidades do sexo – como o prazer, a consolidação de um relacionamento, o disfarce da própria preferência homossexual, a consolidação, expressão e reafirmação da dominação e a geração de filhos”, vai determinar de forma conjunta com “o custo dos diferentes tipos de comportamento sexual, a quantidade e as espécies desse comportamento adotadas pelas pessoas”.

Dado tal contexto, Posner (2009, p.584-585) nos diz que “se a ameaça de punição, escrúpulos religiosos, o medo de contrair uma doença ou de ser rejeitado pela sociedade”, ou, ainda, “o desejo de ter filhos” imporem custos elevadíssimos que ultrapassem o valor dos benefícios sexuais advindos da prática homossexual, esse indivíduo homossexual, poderá renunciar a prática sexual homossexual, ou ainda, substituir a relação homossexual pela heterossexual.

Posner (2009, p. 585-586) exemplifica essa afirmação, formulando que: um indivíduo escolherá ter relações sexuais homossexuais ao invés da heterossexual, se

$$\begin{aligned} (B1 - C1) &> 0, \\ (B1 - C1) &> (B2 - C2) \end{aligned} \tag{1}$$

sendo B1 e B2, respectivamente, os benefícios do ato homossexual e do ato heterossexual para uma determinada pessoa, e C1 e C2, os respectivos custos. O autor explica que incluiu a



primeira condição, pois se o benefício efetivo do ato homossexual, apesar de maior que aquele do ato heterossexual, for igual a zero ou negativo, a pessoa escolherá a abstinência, que seria a opção sem custos e sem benefícios sexuais. A segunda condição expressa na fórmula acima poderia ser reescrita da seguinte maneira:

$$(\Delta B) > (\Delta C) \quad (2)$$

Posner (2009, p.585-586) nos diz que isso é importante, pois ajudará a compreender que, mesmo que um indivíduo prefira uma relação homossexual à heterossexual, se o custo da primeira for maior (por exemplo, pelo desejo de ter filhos), ele pode substituí-lo pela relação heterossexual. Posner (2009, p. 586) explica e descreve a situação com o seguinte exemplo: Considere, que B1 e B2 sejam iguais a 10 e 5, respectivamente, e que C1 e C2 sejam iguais a 9 e 1, respectivamente. Nesse caso, muito embora a pessoa prefira o ato homossexual, tanto à abstinência (porque  $(B1 - C1) > 0$ ) quanto ao ato heterossexual (porque  $B1 > B2$ ), ela ingressará no ato homossexual, porque  $(B1 - B2) = 5$  é menos que  $(C1 - C2) = 8$ , ou equivalente, da desigualdade (1), porque o benefício efetivo do ato homossexual,  $B1 - C1 = 1$ , é menor que aquele do ato heterossexual,  $(B2 - C2) = 4$ .

Diante disso, em uma análise econômica a preferência sexual não será uniforme, pois as condições sociais e legais incentivarão na escolha do parceiro sexual e no tipo de atividade sexual a ser praticada.

Para Posner, (2009, p.597) o custo da prospecção sexual tem grande influência na determinação do comportamento sexual. O custo de prospecção sexual, nada mais é do que o gasto que o indivíduo homossexual despenderá para encontrar o parceiro sexual apropriado. Esse conceito tem grande valia para explicarmos a razão pela qual os indivíduos homossexuais se

concentram em cidades urbanas<sup>5</sup> ou, ainda, porque esses indivíduos sinalizam<sup>6</sup> uma postura peculiar, como por exemplo, pelo andar, pelo falar e pelo vestir.

Em uma cidade pequena é mais difícil encontrar parceiros homossexuais e o risco de preconceito e segregação social pode ser grande. Nesse contexto, os custos de se encontrar o parceiro sexual adequado se reduzem quando os homossexuais se agrupam em grandes cidades. Melhor ainda é se essa concentração se der numa cidade específica, pois com essa concentração haverá um aumento da população homossexual a ser prospectada.<sup>7</sup>

Como os homossexuais são iguais em tudo aos heterossexuais, a não ser pelo comportamento e preferência sexual, ao adotarem uma postura peculiar que permita que eles sinalizem sua preferência sexual, os custos da prospecção homossexual serão reduzidos.

Há que se levar em consideração que essa sinalização nem sempre será clara, pois existem alguns heterossexuais que podem apresentar alguma postura que possa ser confundida como uma postura tipicamente homossexual levando a percepções ambíguas.

Seguindo na análise dos custos, podemos considerar que em locais onde o custo da prática sexual heterossexual for muito alto, como nas prisões, o indivíduo de preferência heterossexual, eventualmente, poderá adotar um comportamento homossexual, se preferir não substituir a prática heterossexual por uma atividade que não seja sexual, o que Posner (2009, p.591) define como homossexualidade de oportunidade. Para o

---

<sup>5</sup> BLACK, Dan A. SANDERS, Seth G. TAYLOR, Lowell J. In: *The Economics of Lesbian and Gay Families* demonstram que 90,2% de homens gays vivem em áreas urbanas e que 85,3% de mulheres lésbicas vivem em áreas urbanas. p.59-60.

<sup>6</sup> SPENCE, Michael. 1973. "Job Market Signalling." *Quarterly Journal of Economics* 87: 355-374, 1974 e *Market Signalling*. Cambridge: Harvard University Press, 1973.

<sup>7</sup> BLACK, Dan A. SANDERS, Seth G. TAYLOR, Lowell J. (2007,p.58-61)

autor “esses homens buscam o mais próximo substituto possível para sua atividade sexual preferida, porém proibitiva em termos de custos”. Quanto a essa questão, deve ser observado que a preferência homossexual é inferida a partir das escolhas comportamentais que o indivíduo faz e não a partir daquilo que ele diz sobre suas preferências sexuais<sup>8</sup>.

Posner (2009, p. 583) afirma que a “mensuração empírica da preferência homossexual assim definida é muito difícil, mas o foco conceitual no comportamento revelador da preferência é compreensível”.

Atribuindo ao comportamento papel importante e revelador tem-se que as doenças sexualmente transmissíveis, influenciam no comportamento sexual dos indivíduos. A AIDS, por exemplo, tem grande influência no comportamento sexual<sup>9</sup>. Em linguagem econômica, a AIDS é considerada uma externalidade negativa advinda da prática sexual. Como externalidade negativa, a AIDS imporá elevados custos na prática da atividade sexual, pois a preservação da vida terá um peso maior do que simplesmente, por exemplo, obter prazer com a prática sexual preferida. Uma epidemia de AIDS promoverá uma mudança no comportamento sexual, bem como, na própria preferência sexual, o que levará a uma substituição do sexo homossexual pelo heterossexual e, ainda, fará com que um indivíduo homossexual reduza a variedade de parceiros sexuais, ou, ainda, promoverá a abstinência. (Posner,1992, p.114-115)

Considerando a análise custo-benefício, Posner (2009, p.596-597) entende que a proibição do casamento entre indivíduos do mesmo sexo eleva os custos para os casais homosse-

---

<sup>8</sup> Rirchard Posner trabalha com a tradição da preferência revelada.

<sup>9</sup> Acerca da influência da AIDS no comportamento sexual, veja: FRANCIS, Andrew M. The economics of sexuality: the effect of HIV/AIDS on homosexual behavior in the United States. Disponível em: <http://userwww.service.emory.edu/~afranc5/Economics%20of%20Sexuality.pdf>  
Veja, também, PHILIPSON, TOMAS J. AND POSNER, RICHARD A. Optimal Regulation of AIDS. Disponível em [http://www.law.uchicago.edu/files/files/06.Posner.AIDS\\_.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/06.Posner.AIDS_.pdf)

xuais. Os casais homossexuais não possuem os mesmos benefícios legais-contratuais que os heterossexuais, o que elevaria, consideravelmente, os custos transacionais.

Segundo Fan (2014, p.115), em situações em que há uma superpopulação, que resultaria em fome, mortalidade crescente e outros desastres, isto poderia explicar porque em sociedades tradicionais, independente da cultura, o sexo antes do casamento era considerado um *taboo* e, portanto, as atividades homossexuais poderiam ter emergido como um modo de satisfazer o desejo sexual dos indivíduos e ao mesmo tempo controlar o crescimento populacional. Estes argumentos, em nosso entender, corroboram com os insights de Posner sobre a questão da homossexualidade para esses indivíduos.

Assim, vemos que os trabalhos de Richard Posner mostraram que o comportamento sexual pode ser visto como uma questão econômica referente às escolhas racionais dos indivíduos, dada as restrições com as quais se deparam em dado momento e contexto. Outra contribuição importante de seu trabalho foi a de criar uma estrutura teórica e conceitos que nos permitam formular e gerar hipóteses sobre o comportamento sexual em diferentes situações e contextos, o que altera os custos e benefícios dos indivíduos, fazendo com que eles modifiquem seu comportamento. Por fim, seu trabalho também é capaz de gerar implicações de políticas públicas sobre a regulação do comportamento sexual, tais como a união homoafetiva ou casamento gay.

### 3. ANÁLISE CRÍTICA

A sexualidade, em especial a homossexualidade, sempre foi um tabu em sua dimensão de prazer. A compreensão da homossexualidade humana enfrenta oposições morais e esbarra na segregação, preconceito e desvalorização do indivíduo homossexual e seus modos de vida, o que análise econômica neu-

traliza.

Os trabalhos desenvolvidos por Posner chamam a atenção para uma vasta literatura multidisciplinar sobre sexualidade tendo como núcleo analítico a racionalidade econômica, que analisa que os padrões de escolha racional em matéria sexual. Estes comportamentos podem ser analisados da mesma forma que a economia prevê nossos padrões de escolha racional que ocorrem nos mercados de bens e serviços, bem como que a regulação das práticas sexuais pode ser compreendida e criticada da mesma forma que a regulação governamental do mercado.

Esse modelo analítico (custo-benefício) permite refletir acerca da sexualidade, especificamente, da homossexualidade sem o pano de fundo emocional, inferindo que para vivenciar os prazeres sexuais preferidos, o indivíduo homossexual, escolherá àqueles que lhe trarão maior benefício em relação aos custos envolvidos. Esses custos podem ser relativos à busca e à variedade de parceiros, relativos às sanções, bem como, a possibilidade de contrair doenças.

A ênfase na racionalidade econômica não poderia deixar de atrair críticas de diversos lados, destacando-se os moralistas, as feministas, os críticos da análise econômica, bem como, daqueles que entendem que a teoria contribuiu para um avanço nas questões legais da homossexualidade.

West (1993, p.2413), por exemplo, crítica à visão de Posner sobre a sexualidade ser vista como objeto moralmente indiferente. Ela enfatiza que a posição moralmente indiferente da sexualidade é o “calcanhar de Aquilies” da teoria de Posner, pois revela sua recusa de se engajar em questões morais. De acordo com West (1993, p.2417) a aparente postura liberal que Posner defende é na prática:

*(...) a profoundly illiberal refusal to engage in two particular moral practices, both of which are necessary to the task of doing justice: discerning and then responding to unjust subordination of one group by another, and empathizing with*

*and appropriately responding to human suffering”.*

Para a autora, o posicionamento de Posner não é neutro e sim apático em relação às questões morais e de sofrimento humano. Ela entende que ignorar a diferença sem saber quais práticas ou comportamentos demandam censura e quais poderiam genuinamente ser beneficiadas por essa pesquisa desapassionada não é benigno e sim teimosia científica. (1993, p.2417).

Há nessa visão uma preocupação com a dignidade do ser humano, pois quando se analisa apenas atos comportamentais, pura e simplesmente, como um ato fático, olvida-se toda a complexidade do ser humano em todas as suas esferas.

Por outro lado, William N. Eskridge Jr. (1992, p.335-342) diz que Posner contribuiu positivamente para a agenda homossexual (agenda legal), pois considera que sua análise econômica despiu as atuais regulações anti-homossexuais de suas roupagens, demonstrando que as mesmas são vazias de conteúdo; que, por isso, essas regulações não são capazes de justificar as oposições aos indivíduos homossexuais (que em sua maioria são de natureza moral, ideológica, supersticiosa e preconceituosa).

A influência do pensamento de Posner sobre questões legais como adoção<sup>10</sup>, discriminação<sup>11</sup> e casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>12</sup> é reconhecida por William N. Eskridge Jr (1992, p.343), que assinala que “a vontade de um intelectual de princípios conservadores para tratar importantes questões legais com entusiasmo e simpatia é louvável”, porém destaca que apresentam limites que afetam os indivíduos homossexuais.

Considerando a aplicação da análise de custo-benefício em relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, William N. Eskridge Jr (1992, p.352) sustenta que a “análise é mais

---

<sup>10</sup> (POSNER, 1992, p. 417-420).

<sup>11</sup> (POSNER, 1992 p.314-21; 322-323; 403-404).

<sup>12</sup> (POSNER, 1992,p.311-314).

complexa do que Posner faz parecer”, explicando que o cálculo do custo-benefício “desvaloriza os benefícios tangíveis e intangíveis de uma reforma legal”, que “ignora benefícios substanciais de terceiros” e, que esse cálculo “supervaloriza os custos”.

Bartlett (1993, p.473-490) concorda com algumas questões de desregulamentação propostas por Posner, mas se preocupa com a abordagem econômica no tocante à regulação das questões sexuais, destacando duas objeções. A primeira delas se reporta a aplicação feita por Posner de “tomar como “dada” a maioria dos aspectos dos arranjos sociais que ele examina”. (1993, p. 474). A autora critica essa atitude considerando que, raramente há qualquer explicação ou justificativa quanto aos desafios, as prioridades e as condições sob as quais os indivíduos formam (ou tentam formar) relações sexuais uns com os outros. A segunda objeção, que está relacionada com a primeira, refere-se à questão da racionalidade econômica. Bartlett (1993, p. 474) afirma que a teoria da racionalidade sexual proposta por Posner pressupõe e perpetua uma visão empobrecida do indivíduo, visto que não reconhece vários aspectos da identidade individual ou coletiva, e sobre a qual muitas visões da natureza humana e do desenvolvimento humano dependem.

A partir do não reconhecimento dessa identidade individual ou coletiva, Bartlett (1993, p. 474) critica a edificação da teoria da sexualidade de Posner com base na noção da neutralidade moral, destacando que:

“(…) his insistence “upon moral indifference” masks judgments about what counts as rational that incorporate some versions of the human good and reject others. Thus Posner’s analysis errs even on its own terms, failing to value dimensions of human experience that many individuals value highly and privileging, in the name of moral indifference, one particular set of moral principles over other”.

Considerando as críticas acima mencionadas, infere-se que as reformas legais requerem mais que análises abstratas, ideológicas, preconceituosas e tradicionais. Analisar a sexualidade como resultado de preferências revela que os indivíduos,

consensualmente, dentre as práticas sexuais diversas e de acordo com suas preferências, escolhem aquelas que lhes trarão maior benefício em relação aos custos envolvidos.

Importante destacar que a análise econômica, isenta de qualquer passionalidade, bem como a utilização de instrumental analítico, nos permite examinar a questão da sexualidade, em especial da homossexualidade, sem estigmas, tabus e preconceitos, o que proporciona a formação e estruturação eficiente das leis e das políticas públicas relacionadas ao comportamento sexual.

#### 4. CONCLUSÃO

Este artigo abordou a teoria econômica desenvolvida por Richard Posner em vários trabalhos, principalmente ao longo dos anos 1990 e início dos anos 2000, acerca da racionalidade do comportamento sexual, demonstrando um mundo onde os recursos são escassos em relação aos desejos humanos, como o indivíduo homossexual escolhe os meios mais apropriados, em matéria, tanto de custos quanto de benefícios, para vivenciar os prazeres sexuais preferidos.

Na primeira parte apresentaram-se os objetivos do estudo e sua relevância com os conceitos de Direito e Economia e com ênfase nas questões da homossexualidade.

Na segunda parte descreveu-se a teoria do comportamento sexual racional proposto por Richard Posner, segundo a qual a racionalidade econômica da sexualidade deve ser realizada independente dos aspectos morais, ou seja, que não há preocupação como deveria ser ou como deveriam se comportar os indivíduos em relação as suas sexualidades, mas que através da ponderação dos custos e benefícios de se praticar determinado ato sexual, o indivíduo escolherá aquele que lhe é mais preferido. Por fim, na terceira apresentou-se uma análise crítica dessa teoria com opiniões de outros autores.



Com isto procurou-se expor, através de uma visão abrangente e crítica o pensamento de Richard Posner em relação à homossexualidade segundo a abordagem de *Law and Economics*.

Identificou-se que o núcleo analítico de Posner é embasado na aplicação da racionalidade instrumental em relação às práticas sexuais. Para uns, isso significou avanço e possibilitou a desconstrução de visões distorcidas e estigmatizadas acerca da sexualidade. No entanto, para outros significou apatia, desinteresse e falta de coragem de se posicionar moralmente quanto às práticas e preferências sexuais das pessoas na sociedade.

Entretanto, pode-se afirmar que a visão de Posner contribuiu para a desconstrução de visões distorcidas e estigmatizadas acerca da sexualidade. A racionalidade econômica permite e constitui uma poderosa ferramenta para justificativa aos direitos individuais de expressão sexual. A força da teoria da escolha racional da homossexualidade não está no fato de ser uma teoria que demonstre onde estamos e para onde devemos ir, ou que leve a um entendimento completo dos sentimentos e comportamentos humanos em matéria de sexualidade, mas no fato de demonstrar que é plausível utilizar a abordagem econômica, sem estigmas, tabus e preconceitos, para que se escolha, dentre as práticas sexuais diversas e de acordo com nossa preferência, desde que não interfira ou imponha consequências em terceiros, aquela que nos trará maior benefício em relação aos custos em jogo.

A complexidade do ser humano ultrapassa a mera questão da utilização da ponderação dos custos e benefícios na escolha do meio mais apropriado no sentido da vivência dos prazeres sexuais, mas a racionalidade econômica ajuda a retirar o véu da ignorância, do preconceito e da hipocrisia que obscurecem a discussão pública acerca da sexualidade.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLEN, Douglas W. An Economic Assesstment of Same-Sex Marriage Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. 29. (3): 949-980.
- BARTLETT, Katharine T. Rumpelstiltskin. (Review Essay), 23 *Connecticut Law Review* 473-490 (1993). Disponível em [http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/1706](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1706) Acesso em 20/02/2013.
- BECKER, Gary S. *Economic Approach to Human Behaviour*, Chicago, Chicago University Press, 1976.
- \_\_\_\_\_, Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behaviour. *Journal of Political Economy*, 101 (3): 385-409, 1993.
- BILLY, J.O.G TANFEN, K; GRADY, W.R. e KLEPINGER, D.H. The Sexual Behaviour of Men in the United States. *Family Planning Perspectives*, 25 (2): 52-60, 1993.
- BINSON, Diane; MICHAELS, S. STALL, R. COATER, T.J; GAGNON, J. e CATANIN, J. Prevalence and Social Distribution of Men Who Have Sex with Men: United States and Its Urban Centers. *Journal of Sex Research*, 32 (3): 245-254.
- BLACK, Dan A. SANDERS, Seth G. TAYLOR, Lowell J. The Economics of Lesbian and Gay Families. *Journal*

- of Economic Perspectives., 21.(2): 2007. P.53-70.
- CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. Derecho y homosexualismo en el derecho comparado. In: IDEF (Coord.) Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2003.
- COHEN, Lloyd R. e WRIGTH, Joshua D. Research Handbook on the Economics of the Family Law. Cheltenham, Edward Elgar.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DNES, Antony W. e ROWTHORN, Robert. The Law and Economics of Marriage and Divorce. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- DNES, Antony W. The Economics of Law: Property, Contracts and Obligations. Mason, OH: South-Western, 2005.
- ESKRIDE, William N. Jr., "A Social Constructionist Critique of Posner's Sex and Reason: Steps Toward a Gaylegal Agenda" (1992). *Faculty Scholarship Series*. Paper 1517.
- FAN, C. Simon, Vanity Economics: An Economic Exploration of Sex, Marriage and Family, Cheltenham, Edward Elgar, 2014.
- FRANCIS, Andrew M. The economics of sexuality: the effect of HIV/AIDS on homosexual behavior in the United States. Disponível em <<http://userwww.service.emory.edu/~afranc5/Economics%20of%20Sexuality.pdf>> Acesso em 01/02/2013.
- MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>> Acesso em 15/02/2012.
- MCKENZIE, Richard B. TULLOCK, Gordon. La Nueva Frontera de La Economia. Capitulo IV. Madrid : Espasa-Calpe, 1980.
- PHILIPSON, TOMAS J. AND POSNER, RICHARD A. Op-

- timal Regulation of AIDS. Disponível em <  
<http://www.law.uchicago.edu/files/files/06.Posner.AIDS.pdf>>
- POSNER, Richard A. *Sex and Reason*. Harvard University Press, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Economic Analysis of Law*. 6.ed. New York: Aspen Publishers, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins fontes, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*. 50 *Stanford L. Rev.*, 1998.
- SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SPENCE, Michael. "Job Market Signalling." *Quarterly Journal of Economics* 87: 355–374, 1974.
- \_\_\_\_\_, *Market Signalling*. Cambridge: Harvard University Press, 1973.
- TAMAYO, Álvaro. Hierarquia de valores transculturais e brasileiros. In: *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 2007, 23:7-15.
- WEST, Robin L. *Sex, Reason, and a Taste for the Absurd* (1993). *Georgetown Law Journal*, Vol. 81, p. 2413, 1993; *Georgetown Public Law Research Paper No. 11-76*. Disponível em: <  
<http://ssrn.com/abstract=1847999>> Acesso em 20/01/2013.