

Os direitos dos casais do mesmo sexo: uma defesa a partir do princípio da igualdade ou do direito de ser diferentes?

Laura Lusma Castro Ortiz*
Sergio Estrada Vélez*

* Docente. Pesquisadora em tempo integral da Universidade Autônoma da Colômbia em Pós-graduação e Graduação, nas áreas de direito da Família e Processual. Advogada da Universidade Autônoma da Colômbia. Especialista máster em *Direitos Humanos, Estado de Direito e Democracias em Ibero-América*, da Universidade de Alcalá de Henares de Madri (Espanha). Mestre em Direção Universitária da Universidade de Los Andes de Bogotá. Especialista em Direito Administrativo da Universidade Libre de Bogotá. Aprovada no curso de Juiz da República nas áreas de Família, ministrado pela Escola Judicial Rodrigo Lara Bonilla, da IV Promoção de Capacitação para Magistrados, Magistratura, Juízes da República, 2009. Diretora do grupo de pesquisa “Filantropia Iuris”, Diretora do projeto de pesquisa denominado *Evolução Jurisprudencial sobre os direitos da família homossexual na Colômbia*, ainda em andamento. Membro com registro na organização COLCIENCIAS, sistema CvLAC e GrupLAC COL0101277. Membro do Instituto Colombiano de Direito Processual. Membro do Colégio Nacional de Advogados Litigantes CNAL. Jurada e avaliadora de eventos promovidos pela rede Semilleros de Investigación de REDCOLSI (Rede Colombiana de Semilleros de Investigación). Participou nos Congressos de Direito Processual realizados pelo Instituto Colombiano de Direito Processual de 2003 a 2010. Secretária Acadêmica da Faculdade de Direito 2002-2005 da Universidade Autônoma da Colômbia E-mail: laucasor@hotmail.com.

**Professor de Teoria do Direito, Principialística e Hermenêutica Jurídica da Universidade de Medellín (Colômbia). Especialista em Direito Constitucional. Especialista em argumentação jurídica. Diploma de Estudos Avançados Universidade de León (Espanha). Autor dos textos: *A exceção de principialidade, Os princípios jurídicos e o Bloco de Constitucionalidade, Princípios e valores no Estado social e constitucional do direito colombiano*. E-mail: siestrada@udem.edu.co.

Resumo: A tendência no direito comparado de reconhecimento dos direitos dos casais de mesmo sexo gera desafios teóricos e práticos no direito constitucional e na filosofia política, uma vez que devem buscar os melhores fundamentos e os meios de proteção desses direitos. Um elemento comum é a defesa com base no princípio da igualdade, mas nos modelos do Estado constitucional é necessário qualificar esse princípio de estilo liberal mediante o reconhecimento do direito de ser diferente como mecanismo que oferece uma proteção mais eficaz perante as decisões majoritárias. Confirma-se, assim, uma propensão a fazer dos direitos políticos garantias fundamentais do indivíduo perante as maiorias, assim como acontece, no caso colombiano, com o direito de participação e a objeção de consciência, reconhecidos como direitos fundamentais.

Palavras-chave: Estado social de direito. Objeção de consciência. Desobediência civil. Igualdade.

*Existem motivos para se supor que nossos sensores morais
funcionam melhor sob a pressão da experiência*

Hart Ely¹.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o direito dos casais de mesmo sexo de se casarem é um tema que motiva importantes reflexões no direito constitucional e na filosofia política. O reconhecimento da igualdade e a aceitação das diferenças impõem desafios teóricos e práticos que devem ser assumidos, atendendo às condições

¹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle constitucional*, p. 78.

específicas culturais de cada país, com base no fortalecimento do sistema democrático.

O princípio da igualdade é o argumento mais comumente utilizado na defesa dos direitos dos casais do mesmo sexo. À luz do contexto particular colombiano de Estado social e constitucional de direito, é necessário fazer uma investigação pela via de proteção dos direitos dos casais do mesmo sexo, seja por meio do direito à igualdade, seja pelo reconhecimento do direito de ser diferente.

Partindo da premissa de que na Colômbia a instituição matrimonial possui tanto vantagens quanto desvantagens em relação a outros meios de constituição da família como a união marital de fato, justifica-se recorrer ao princípio da igualdade para prolongar o casamento quando a igualdade que se procura não representa realmente um benefício maior ou possui um termo específico de comparação que confira novos direitos ou maior proteção aos casais do mesmo sexo? Por outro lado, por que não pensar na possibilidade de um meio de constituição da família diferente do casamento que reconheça as diferenças e conceda aos casais do mesmo sexo direitos não consagrados no contrato matrimonial, mas reconhecidos, por exemplo, aos companheiros vivendo em união estável?

Contrário ao que acontece em diversos países em que a defesa dos direitos dos casais do mesmo sexo avançou com base no princípio da igualdade, na Colômbia parece ser mais eficaz uma defesa dos direitos dos casais do mesmo sexo com base no direito de ser diferente.

Uma vez que a igualdade não representa o acesso a novos direitos ou à maior proteção dos já existentes, é necessário recorrer a outra forma diferente de constituição da família entre casais do mesmo sexo que reflita suas diferenças e necessidades específicas. Em termos mais concretos, no contexto colombiano, de maneira contrária

ao que pensa um amplo setor, pode ser mais eficaz a proteção dos direitos dos casais do mesmo sexo mediante o reconhecimento das diferenças do que da luta por serem iguais à maioria.

Se os critérios de identidade ou diferenciação entre os casais de mesmo sexo e os heterossexuais forem impostos pela maioria, mais difícil será a proteção dos direitos das minorias. Mas, se recorrermos a um dos principais elementos do sistema democrático, como o pluralismo ideológico ou o respeito pelas diferenças, não deve bastar à maioria, para que ela cumpra sua responsabilidade política, impor padrões ou critérios que as minorias devem cumprir para ter acesso às vantagens de estar no grupo majoritário, mas sim, respeitar aqueles que são diferentes e criar espaços para o exercício de seus direitos. Nessa ordem de ideias, maior será a proteção dos direitos dos casais do mesmo sexo se for respeitado o direito de serem diferentes do que se for reconhecido o direito de serem iguais.

Essa ideia representa um importante desafio na teoria dos direitos subjetivos, uma vez que se evidencia nos Estados constitucionais um processo de fortalecimento dos direitos políticos para sua fundamentação, ou seja, a conversão dos direitos políticos para direitos fundamentais. Nessa ordem de ideias, enquanto o direito à igualdade é um direito fundamental, o direito de ser diferente afirma-se, inicialmente, como um direito político e, à medida que se deseja ser coerente com o respeito das diferenças e o pluralismo, deixa de ser uma concessão das majorias e passa a ser um mecanismo de defesa das minorias adiante da vontade majoritária.

Essa mutação de direitos políticos a direitos fundamentais é demonstrada com dois exemplos: a afirmação da consulta prévia, que é tratada na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) a respeito de povos indígenas e tribais como um direito fundamental e a recente sentença C-728 de 2009 M. P. Gabriel Mendoza Martelo, na qual a Corte Constitucional

reconhece a objeção de consciência, historicamente considerada direito político, como um direito fundamental.

É importante lembrar outra grande tendência, em assuntos de direito ambiental e de segurança social, de reconhecer maiores garantias jurisdicionais com fundamento em uma teoria de princípios jurídicos que os assume como normas jurídicas que se integram ao bloco de constitucionalidade e que, conseqüentemente, são prevalentes perante as normas remanescentes do ordenamento, ideia muito distante da sustentada por um amplo setor da doutrina que os descreve como normas auxiliares à lei, mandatos de otimização ou normas equiparáveis a valores. No direito ambiental, podemos citar os princípios de precaução e rigor subsidiário e na segurança social, o princípio da não regressividade.

Outras razões para se afirmar, a partir de uma perspectiva política, a maior pertinência de uma defesa dos direitos dos casais do mesmo sexo a partir do direito de ser diferentes em vez do princípio de igualdade, são as seguintes:

- A proteção dos direitos desses casais com base no direito de serem diferentes representa menor intervenção da jurisdição no poder de configuração do legislador, uma vez que evita a modificação da definição legal do casamento como a união entre um homem e uma mulher, com a finalidade de procriar, e favorece uma maneira diferente de estruturação da família.
- A defesa dos direitos dos casais do mesmo sexo com base na igualdade pode representar sua renúncia à possibilidade de alcançar outros direitos que podem ser conseguidos pelo reconhecimento das diferenças.
- O respeito das diferenças gera, nas maiorias, maior responsabilidade, em razão de que não se limitam a afirmar que os diferentes devem ser iguais à generalidade, mas,

sim, que devem promover espaços para o desenvolvimento autônomo de seus direitos. A afirmação anterior pode ser demonstrada com um exemplo simples: se as minorias querem entrar no teatro da mesma forma como o fazem as maiorias, são estas, afinal, quem decidirão que peça será apresentada. Ao mesmo tempo em que as minorias têm direito de ser diferentes, as maiorias devem facilitar a criação de espaços onde são representadas as obras a quais as minorias desejam assistir de acordo com suas expectativas, identidade cultural ou diferenças específicas.

- Finalmente, não se pode negar que, no contexto colombiano, a defesa dos casais do mesmo sexo com base na igualdade perante uma instituição (o casamento) que não outorga mais direitos ou melhor proteção a esses casais constitui uma exigência de igualdade injustificada ou irracional.

Em síntese, o reconhecimento dos direitos dos casais do mesmo sexo no direito comparado se alicerça no princípio da igualdade, mas no conceito dos autores deste artigo, sob a perspectiva política dirigida a promover a democracia por meio do fortalecimento do pluralismo e o consequente respeito pelas minorias, pode resultar numa defesa dos direitos dos casais do mesmo sexo mais produtiva, mediante o reconhecimento da diferença e não com base no princípio da igualdade.

Em outras palavras, de uma perspectiva política, podem ser maiores os benefícios que levem ao sistema democrático uma defesa dos direitos das minorias por meio do reconhecimento das suas diferenças, do que da exigência das maiorias de uma renúncia do indivíduo ao direito de ser diferente. De forma mais concreta, fica mais evidente que um sistema democrático será mais legítimo quanto mais se demonstrar sua capacidade de gerar espaços nos

quais é possível expressar as diferenças em vez de uma frágil coesão social formada através da adesão forçada das minorias aos interesses das maiorias.

Não se pretende, aqui, desconsiderar as importantes reivindicações subjetivas alcançadas sob a bandeira da igualdade. Mas esse princípio, de estilo liberal, estabelecido como meio de defesa do indivíduo perante o titular do poder, é apto quando nas sociedades heterogêneas ou pluralistas a diferença é protegida. Sem dúvida, isso representa o fortalecimento dos direitos políticos, uma vez que não é suficiente assumi-los como poderes políticos *conferidos pelo Estado*, senão como garantias individuais *perante* o Estado.

No contexto colombiano, a adoção da já mencionada consulta prévia de que trata a Convenção 169 da OIT, bem como de outras providências tomadas para a proteção do direito fundamental das minorias (exemplificadas pelo aumento de mecanismos de participação cidadã, pela consideração da participação política como direito da pessoa e não somente do cidadão, bem como pelo recente reconhecimento da objeção de consciência como direito fundamental), são aspectos que, indubitavelmente, demarcam mudança na compreensão da natureza dos direitos políticos no sentido de apreciá-los como direitos fundamentais subjetivos.

Estima-se, em coerência com os postulados básicos de um modelo democrático inspirado pela filosofia do Estado social, que é necessário realizar uma mudança de argumentos na proteção dos direitos dos casais do mesmo sexo, representada da seguinte maneira: da igualdade, para uma defesa de seus direitos com base no dever de respeitar as diferenças. Essa mudança se traduz, na prática, num aspecto fundamental: o direito dos casais do mesmo sexo de constituir família de outra maneira que não o casamento, e que se reconheça da melhor maneira as diferenças entre os casais do mesmo sexo e os casais heterossexuais.

Em outras palavras, em relação aos direitos ao casamento dos casais do mesmo sexo, trata-se de defendê-los, não pela igualdade, mas, sim, pelo direito que eles têm à diferença.

2 A TENSÃO ENTRE A SOBERANIA JURÍDICA E A SOBERANIA POLÍTICA

Foi assinalado que o princípio de igualdade se traduz, finalmente, na expressão das maiorias mediante o estabelecimento de critérios aos quais se devem ajustar as minorias, caso queiram desfrutar o mesmo tratamento.

Um elemento essencial do Estado de direito é a possibilidade de limitar toda expressão de poder com uma norma do ordenamento². Nesse modelo, não pode existir nenhuma expressão de poder isenta do controle imposto pelo direito. A vontade do povo como titular da soberania ainda deve estar submetida ao direito, pelo menos nas sociedades que demonstram respeito ao sistema democrático. A relação é necessária, recíproca e constante: do povo deriva o poder, do poder do povo deriva o direito, mesmo que não seja possível afirmar a prevalência do poder sobre o direito ou deste sobre o poder³.

² Assinala Peña Freire: “Num Estado constitucional de direito não existem poderes livres nem imunes a controle”. (PEÑA, F. Antonio. *La garantía en el estado constitucional*, p. 285)

³ Sobre o equilíbrio entre o poder e o direito, assinala Martin Kriele: “Tem-se discutido a questão se o poder ou a autoridade é o primário. a relação entre potestas e auctoritas e a primazia entre as duas predominava na discussão e predomina parcialmente ainda hoje. Mas ao menos parecia seguro que ao poder ou à autoridade – a um dos dois – lhe corresponde a primazia perante o direito no Estado moderno. Pois se o direito é concebido não como uma ordem tradicional divina ou natural, mas, sim, como uma ordem positiva criada e o poder do Estado pode dispor do direito, então o Estado é a fonte do direito, e não o direito a fonte do Estado. Também isso é evidente e indiscutível. Estamos,

Excepcionar o mandato jurídico para favorecer a vontade do povo pode traduzir o interesse geral ou o bem comum em uma finalidade única do direito⁴. Assim, para a discussão sobre o que a sociedade considera como conveniente em relação à união entre casais do mesmo sexo, deve-se consultar não somente o interesse geral, mas também as limitações estabelecidas pelo ordenamento jurídico⁵ a esse interesse geral, dentre elas o direito de ser diferente.

pois, diante de uma confrontação tipicamente dialética: o poder provém do direito e o direito provém do poder. As duas proposições, que parecem excluir-se, são, não obstante, ambas verdadeiras. Os órgãos estatais decidem que é o direito, mas eles decidem graças à competência jurídica. Também as normas de organização que decidem sobre a competência podem ser modificadas, mas somente pelos órgãos competentes e conforme o procedimento previsto.” (KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado*, p. 19-20)

⁴ É importante lembrar as palavras de Radbruch em seu texto *Cinco minutos de filosofia do direito*: “O direito é tudo aquilo que é útil para o povo. Ou seja: arbitrariedade, quebra de contratos, violação da lei são, enquanto úteis ao povo, direito. [...] Não, não podemos dizer que tudo o que é útil para o povo é direito, e sim ao contrário: somente o que é direito é de proveito do povo.” (RADBRUCH. *Gustav. Relativismo y derecho*: monografias jurídicas, p. 71-72)

⁵ Sobre as relações entre a soberania política e jurídica, assinala Sánchez Viamonte: “Para a república democrática não existe nem pode existir mais soberania interna ou externa à popular, de tal maneira que, a partir do ponto de vista político, soberania é a vontade da maioria. Mas como a República democrática é o Estado de direito, ou seja, submetido ao direito na totalidade da sua existência e manifestação, a validade dessa expressão da vontade majoritária depende da sua conformidade com o ordenamento jurídico. Dessa forma se produz a necessária subordinação da soberania política à soberania jurídica, que se confunde com o problema da vigência constitucional e da supremacia da Constituição... Consequentemente, a soberania política de caráter popular está subordinada a uma soberania jurídica que tem essa mesma origem, e que se impõe ela mesma como condição para manifestar-se legítima e validamente. Isso significa que a soberania se resolve sempre em forma de supremacia constitucional no Estado de direito, e vale para dar solução a qualquer problema que se suscite numa república democrática e constitucional.” (SÁNCHEZ V., Carlos. *El constitucionalismo, sus problemas, el orden jurídico positivo*: supremacia, defensa y vigencia de la Constitución, p. 58, 61)

Sem dúvida, um dos parâmetros para determinar o grau de maturidade política e a legitimidade das instituições não é a capacidade de exercer a força, mas, sim, a atitude da sociedade e de cada um de seus integrantes de evitá-la, usando em seu lugar a persuasão e acordos políticos, levando em conta que o fortalecimento da democracia é diretamente proporcional ao respeito às diferenças e aos direitos das minorias.

3 A DESOBEDIÊNCIA CIVIL E A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

Indicou-se que um dos principais mecanismos de proteção das minorias é o respeito de suas diferenças por parte das maiorias. Isso ocorre por meio da desobediência civil e, em especial, da objeção de consciência representada no reconhecimento do direito de ser diferente, expressões políticas que finalmente devem promover a geração de novas normas que reconheçam os direitos dos casais do mesmo sexo de constituir família a não ser pelo casamento.

Uma das principais tensões entre o direito e a política se refere às limitações jurídicas no exercício do poder soberano, ou seja, as relações entre o dever de obediência ao direito e à desobediência civil por meio da objeção de consciência.

Pode-se entender a desobediência civil, nas palavras de Rawls, como “um ato público, *não violento*, consciente e político, contrário à lei, realizado habitualmente *com o objetivo de provocar uma mudança na lei* ou nos programas de governo”⁶.

Essa noção de desobediência civil permite a observação da transformação de um problema jurídico, em relação às razões

⁶ RAWLS, John. *Teoria da justiça*, p. 325, grifos nossos.

que impõem a obediência ao direito, a um problema político determinado pelo poder dominante, ou o direito fundamental do indivíduo de não obedecer à norma jurídica. Optar pela defesa da ordem ou pelo reconhecimento dessa faculdade política é, afinal, uma decisão ideológica que deve ser, em todo caso, mediada (ou se for o caso, condicionada) pelo modelo político particular do Estado social de direito.

Não se deseja desconsiderar a importância da norma jurídica e do império do direito como limite ao exercício do poder, nem sugerir exceções ao cumprimento da lei que atentem contra a ordem institucional, tampouco promover uma defesa ideológica dos direitos fundamentais que conduzam a perversões próprias dos excessos – ou a radicalismos. Mas deve ficar claro que o constitucionalismo deve preocupar-se, especialmente no complexo contexto colombiano, em promover uma ideia de direito atenta às suas relações com a política e a moral, e especialmente preocupada em motivar mecanismos eficazes de proteção dos direitos fundamentais, entre os quais se pode incorporar o direito de ser diferente.

Sem dúvida, um dos mecanismos mais importantes para a proteção das liberdades políticas individuais na ordem institucional é a objeção de consciência apontada como um corolário da desobediência civil. Rawls a define como um direito de “desobedecer a um mandato legislativo mais ou menos direto, ou uma ordem administrativa”⁷. Em outras palavras, poderíamos

⁷ RAWLS, John. *Teoria da justiça*, p. 335. Por sua vez, mostra o professor Quiroga Lavié: “Entende-se como direito à objeção de consciência a salvaguarda que possui todo indivíduo de não passar por um estado da sua consciência perante o império da lei ou aos requerimentos da autoridade, seja esta pública ou privada, à hora que seja exigido a eles seu cumprimento. Trata-se de uma nova confrontação entre a ordem pública que determina o estado de direito e a intimidade que alberga na consciência de cada indivíduo, âmbito onde se realiza sua identidade como pessoa.” (QUIROGA, Lavié Humberto. *Derecho a la intimidad y objeción de conciencia*, p. 64)

caracterizar a objeção de consciência como o direito de desobedecer toda norma do ordenamento jurídico – lei, ato administrativo e até o mesmo precedente judicial – por motivos de íntima e justificada convicção moral ou política.

A objeção de consciência é, além da principal expressão da desobediência civil, direito fundamental e catalisador do grau de tolerância para com a diferença em um sistema que procura ser democrático. Somente quando a sociedade aprender a escutar a quem se afasta da maioria, a expressar as melhores razões que se podem impor à vontade individual e a gerar os espaços para o desenvolvimento das minorias quando não se consegue a persuasão será possível falar de condições de vida social digna.

Nesse contexto, a objeção de consciência, como direito fundamental, transforma-se na principal ferramenta política e jurídica para o reconhecimento das diferenças sociais e posterior proteção dos direitos do outro a ser e pensar de diferente maneira. Nas sociedades que procuram a consolidação de seu sistema democrático, existe a obrigação jurídica da maioria de respeitar as minorias, o que equivale a sustentar o direito destas de serem reconhecidas como sujeitos de obrigações jurídicas e direitos diferentes daqueles das maiorias.

Uma noção dinâmica de direito, de acordo com o Estado constitucional, que se presta a ajudar na resolução de alguns problemas sociais e a proteger as pessoas, não pode ver no opositor um infrator da segurança pública, mas um meio para a reflexão crítica do *statu quo* promovido pela sociedade. Um teórico do direito crítico comprometido com a defesa do Estado social e constitucional deve ver na objeção a oportunidade de dinamizar o ordenamento antes que uma violação da segurança jurídica. Quem ousa ser cientista do direito não deve se esquecer de que

as decisões das maiorias não podem representar a negação das liberdades individuais⁸.

Nessa ordem de ideias, é possível considerar que em lugar de afirmar a igualdade como fundamento dos direitos das minorias é necessário impor às maiorias a obrigação de respeitar o direito de ser diferente. Isso equivale a sustentar, desde uma perspectiva política e de acordo com o marco do Estado social, que mais obrigação têm as maiorias de respeitar a expressão legítima das minorias do que as minorias de se ajustarem à vontade das maiorias.

Isso, aplicado ao tema dos direitos dos casais do mesmo sexo de constituir família, se traduz no direito que eles têm de promover um meio de constituição de família a não ser o casamento. Contudo, o tema do casamento entre as pessoas do mesmo sexo representa, no imaginário social, mais um desejo de ser igual à maioria, embora represente uma renúncia à possibilidade de melhor meio de constituição da família do que uma defesa do direito de ser diferente, isentando as maiorias do dever de respeitar essas diferenças.

É claro que, no contexto do Estado social e constitucional, as relações entre as maiorias e as minorias sofrem importantes mudanças. Enquanto no Estado liberal os sujeitos cedem partes de seus direitos em favor das maiorias e reconhecem a prevalência do interesse geral, no Estado social a legitimidade estará condicionada não pelo império da vontade geral, mas, sim, pelo maior respeito aos direitos das minorias.

Essa diferença em relação ao processo de legitimação do poder convida a uma defesa dos interesses das minorias com base no direito de serem diferentes, e não do princípio de igualdade por duas razões básicas:

⁸ São claras as palavras de Ferrajoli: “Nenhuma maioria política pode dispor das liberdades e dos demais direitos fundamentais.” (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, p. 51)

- a. Sua forma de reconhecimento: enquanto a igualdade é um direito cuja aceitação depende, enfim, da capacidade ou vontade das maiorias de reconhecer e acatar os critérios que justificam um tratamento igualitário, são elas que definem, afinal de contas, quando se reconhece ou não o direito de ser iguais; com relação às minorias, qualquer finalidade legítima ou coerente com o ordenamento jurídico, principalmente com o constitucional, serve de razão para impor à maioria um tratamento diferenciado.
- b. O ônus de provar a diferença: o reconhecimento do direito à igualdade depende, enfim, da capacidade dos diferentes de demonstrar as razões pelas quais devem ser tratados de igual maneira, e da valorização e aceitação dessas razões por parte das maiorias, enquanto a afirmação da diferença impõe à minoria uma carga argumentativa menor, pois basta afirmar a existência de um fim constitucional que protege essa diferença, o que não depende da vontade das maiorias, mas lhes é imposta e exige que elas exponham os motivos que demonstrem que as minorias devem ser tratadas da mesma maneira que as maiorias.

Procura-se demonstrar essas diferenças com um exemplo: o filho recrimina o pai: “Por que você me trata da mesma maneira que trata meu irmão?” O pai pode responder: “Porque considero que meu outro filho *é igual* a você porque...” ou pode dizer “Porque eu *sou seu pai* e considero que devo tratá-los de forma igual” ou explicará que assim o impõem *as regras* da convivência no lar. O filho, em todo caso, deve obedecer ou sofrer as consequências resultantes do descumprimento da norma que impõe o tratamento igualitário criado pelo pai. Vejamos a mesma situação de uma perspectiva política: o pai dá uma ordem a seus dois filhos de que devem rezar antes de dormir. O filho responde: “Não lhe obedeco

porque sou diferente e não acredito em Deus”. O pai tem três opções: impor sua força porque é o titular do poder; respeitar a decisão do filho, desde que isso não afete a convivência familiar; ou explicar as razões pelas quais não está na posição imaginada por seu filho para persuadi-lo que lhe deve obediência. Em todo caso, exceto quando se opta pelo exercício da força, se o pai deseja fortalecer sua legitimidade e se deseja ser obedecido futuramente, toda decisão que ele adotar deve ser mediante argumentos.

Algo semelhante acontece com a desobediência civil: se um indivíduo descumprir uma norma, o Estado impõe à força as consequências desse descumprimento. Mas, se o indivíduo desobedece porque é diferente e alega motivos de consciência, cabe ao Estado, em primeiro lugar, adiar o exercício da força e, em segundo, demonstrar ou que o opositor é igual, ou reconhecer que realmente é diferente. Evidencia-se, assim, o fortalecimento dos direitos políticos no Estado social de direito, uma vez que servem de importante meio de proteção dos direitos das minorias.

No caso de casamento entre homossexuais, se estes afirmam que são iguais aos heterossexuais porque a procriação não é uma finalidade do casamento, devem demonstrar e persuadir as maiorias, em relação ao termo de comparação (a procriação), que esta não é razoável e não serve para legitimar um tratamento diferenciado, argumentos que terão pouca força ou poder dialético diante de uma sociedade com profundas convicções morais ou religiosas.

Mas, no caso do direito de ser diferente, o ônus da prova em relação à razoabilidade das diferenças não recai sobre as minorias, mas, sim, sobre as maiorias, visto que estas devem demonstrar que aqueles que se afirmam diferentes realmente não o são, e às minorias basta-lhes, em princípio, afirmar a coerência dessa diferença com a Constituição Política.

Quanto mais um sistema democrático proteger aqueles que são diferentes, maior será a legitimidade do seu poder. É

impossível, sem dúvida, fixar o limite de tolerância em termos abstratos. Esse limite será definido pela extensão na qual os direitos de outros são afetados pelo comportamento dos envolvidos não somente de forma insuportável, mas também insuperável; no entanto, quanto mais a maioria se preocupar em elaborar medidas de conciliação entre seus interesses e os interesses das minorias, mais legítimas serão suas decisões.

Uma sociedade democrática não pode se esquecer de que

os direitos fundamentais se afirmam sempre como leis do mais fraco em alternativa à lei do mais forte que governava e governaria em sua ausência. A história do constitucionalismo é a história dessa progressiva ampliação da esfera pública dos direitos.⁹

De acordo com o indicado, a discussão em relação ao direito dos casais do mesmo sexo de constituir família e ao direito dos menores de serem adotados com a finalidade de terem uma família estável, ao amor e à proteção¹⁰ deve se desenvolver não no âmbito do princípio da igualdade, mas, sim, de acordo com o dever político das maiorias de respeitar as diferenças.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, p. 54.

¹⁰ Consagra o art. 44 da Constituição Política: “Art. 44. São direitos fundamentais das crianças: a vida, a integridade física, a saúde e a segurança social, a alimentação equilibrada, seu nome e nacionalidade, possuir uma família e não ser separadas dela, o cuidado e amor, a educação e a cultura, a recreação e a livre expressão da sua opinião. Serão protegidas contra toda forma de abandono, violência física ou moral, sequestro, venda, abuso sexual, exploração trabalhista ou econômica e trabalhos de risco. Desfrutarão também dos demais direitos consagrados na Constituição, nas leis e nos tratados internacionais ratificados pela Colômbia. A família, a sociedade e o Estado têm a obrigação de assistir e proteger à criança para garantir seu desenvolvimento harmonioso e integral e o exercício pleno de seus direitos. Qualquer pessoa pode exigir da autoridade competente seu cumprimento e a sanção dos infratores. Os direitos das crianças prevalecem sobre os direitos dos outros.”

A defesa dos direitos dos casais do mesmo sexo não deve ser feita com base em uma interpretação literal do art. 113 do Código Civil¹¹, destinada a demonstrar a existência de uma omissão legislativa, uma vez que não incorporou os direitos dos homossexuais a contrair matrimônio, mas, sim, mediante ações positivas do Estado encaminhadas com o objetivo de reconhecer o direito à diferença desses casais por meio da promoção de uniões que possuam os mesmos, ou maiores, direitos e garantias como aqueles que existem no casamento.

4 CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se afirmar:

1. É necessário *descasar* a discussão em torno da possibilidade de aceitar o direito dos homossexuais à união responsável com o intuito de constituir família. A afirmação anterior significa que é necessário desvincular o tema da união entre homossexuais da definição de casamento do art. 113 do Código Civil ou de família no texto do art. 42 da Constituição Política.
2. O tema da união entre casais de mesmo sexo não é um assunto sintático, mas pragmático. Além da definição de casamento, os casais do mesmo sexo já existem e o que tem de ser feito é promover o respeito e a proteção da família por eles constituída. Se a finalidade, além de promover um direito ao casamento, é a luta pelo reconhecimento da sua união como fator constitutivo da família, não é necessário pensar

¹¹ Assinala o art. 113 do Código Civil: “O casamento é um contrato solene pelo qual um homem e uma mulher se unem com a finalidade de viver juntos, de procriar e de auxiliar-se mutuamente.”

em reformas da definição de casamento, mas na promoção de outros meios em favor da união de casais homossexuais que responsabilmente decidem constituir família.

3. É um paradoxo que, ao mesmo tempo em que se reconhece a família como núcleo fundamental da sociedade, se nega a possibilidade de sua constituição por casais do mesmo sexo por meio de formas diferentes ao casamento, com base em considerações jusprivatistas do contrato matrimonial (normas de ordem pública que somente podem ser modificadas pelo legislador), naturalistas (só podem procriar os casais constituídos por um homem e uma mulher) ou teológicas (a finalidade do casamento é preservar a espécie).
4. Deve-se determinar se o casamento possui condições ou características especiais que mereçam a extensão dessa instituição aos casais do mesmo sexo. Se possuírem, deve-se investigar pela melhor via de proteção das uniões de casais de mesmo sexo: o princípio da igualdade (estendendo o contrato matrimonial aos casais do mesmo sexo) ou o direito à diferença (mediante uma forma de configuração da família que outorgue basicamente o mesmo tratamento que o casamento).
5. Em vista da deferência pelo casamento, que tem o direito positivo dos direitos humanos (tratados internacionais) e o ordenamento nacional, e diante da defesa férrea e legítima da institucional matrimonial e das vantagens que possuem a união marital de fato sobre o casamento no regime patrimonial, é necessário abordar os direitos dos casais do mesmo sexo não com base no princípio da igualdade, mas, sim, como o dever das majorias a reconhecer e respeitar as diferenças ou o direito destes casais a constituir família por meio de um mecanismo que se adapte a suas específicas condições humanas.

6. As diferenças entre o casamento e a união marital de fato, em aspectos como seu regime hereditário, sua forma de constituição e o estado civil que deles deriva, bem como as dificuldades de estender a figura matrimonial aos casais do mesmo sexo (não há semelhança de casos, e para alguns, tampouco de razão em relação à ausência de vocação para a procriação), motivam a explorar uma forma de união na qual se reconheça os direitos dos casais do mesmo sexo, suas diferenças dos heterossexuais e sua indubitável vocação para a formação responsável da família, isso no contexto do direito de ser diferente.

The rights of same-sex couples: a defense based on the principle of equality or on the right to be different?

Abstract: The trend in comparative law towards recognition of the rights of same-sex couples leads to theoretical and practical challenges in constitutional law and in political philosophy, insofar as they should seek the best foundations and means to protect these rights. One element in common is the defense based on the principle of equality, but in the constitutional State models, it is necessary to identify this liberal principle through the recognition of the right to be different as a mechanism that offers more effective protection against majority decisions. This confirms a propensity to make political rights into fundamental individual rights before the majority, as is the case, for Colombia, with the right to participate and conscientious objection, recognized as fundamental rights.

Key words: Social rule of law. Conscientious objection. Civil disobedience. Equality.

REFERÊNCIAS

ELY, John Hart. *Democracia desconfianza: una teoría del control constitucional*. Tradução de Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta. 2001.

KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado*. Tradução de Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980.

PEÑA, F. Antonio. *La garantía en el estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1997.

QUIROGA, Lavié Humberto. *Derecho a la intimidad y objeción de conciencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.

RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho: monografías jurídicas*. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1992.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Tradução de Maria Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

SÁNCHEZ V., Carlos. *El constitucionalismo, sus problemas, el orden jurídico positivo: supremacía, defensa y vigencia de la Constitución*. Buenos Aires: Edit. Bibliográfica Argentina, 1957.

Enviado em 10 de maio de 2010.

Aceito em 13 de junho de 2010.