

EH!

estudos homossexuais

vol. II



A Orientação Sexual vs Direitos Fundamentais: Um Desafio Para Moçambique

uma publicação



lambda

Estudos Homossexuais Vol. II

Esta colectânea de monografias foi possível graças ao apoio dos parceiros abaixo indicados. As opiniões aqui presentes são dos autores e não reflectem, necessariamente, os pontos de vista dos financiadores. As informações aqui apresentadas podem ser reproduzidas desde que a fonte seja citada.

Financiado por:



Autores: Nelson Nhacuongue, Catarina Tonto, Egidio Canuma

Colaboradores: Tomás Timbane, Dário de Sousa, Henv Mafundza,

Revisão linguística: Rui Manjate

Imagens: Shutterstock

Layout: Danilo da Silva



© 2014 2ª Edição.

Maputo, Dezembro de 2014

índice

Prefácio–5

A Orientação Sexual vs. Direitos Fundamentais: Um Desafio Para Moçambique

Introdução–8

Capítulo I: Noções Gerais –10

Noção de Orientação Sexual–10

Noção e Sentido dos Direitos Fundamentais–11

Princípios Atinentes aos Direitos Fundamentais –15

Capítulo II: O Ordenamento Jurídico Moçambicano e a Orientação Sexual –20

A cláusula constitucional aberta dos Direitos fundamentais–21

A Orientação Sexual Como Um Direito Fundamental: a única alusão a esta em todo o ordenamento jurídico – institucionalização ou desatenção do legislador laboral?–22

As Gerações dos Direitos Fundamentais e (direito à) Orientação Sexual–23

Objecções ao Direito à Orientação Sexual–24

Capítulo III: A Orientação Sexual no Direito Comparado–27

Tratamento Jurídico na União Europeia–27

A Regulamentação no Brasil–28

Capítulo IV: A Protecção jurídica dos direitos fundamentais e orientação sexual–30

A Tutela Jurisdicional e Judicial–30

A Protecção Interna e Internacional dos Direitos Fundamentais e Orientação Sexual –30

Conclusões e recomendações–34

Bibliografia–39

Tratamento Jurídico na União Homoafectiva

Introdução–42

União homoafectiva–44

Conceito da homoafectividade–44

Evolução histórica da homoafectividade–44

Homoafectivos na medicina e na sociologia–46

Homoafectivos na sociologia–47

Direitos sexuais e direitos humanos –47

A questão à luz do Direito Comparado–49

Casamento–49

União civil e pacto de solidariedade–50

Pacto de solidariedade–51

União homoafectiva no ordenamento jurídico moçambicano–52

Omissão legal–52

Constituição da República de Moçambique–53

Lei da Família–55

Os efeitos patrimoniais–56

Associação Moçambicana para Defesa das Minorias Sexuais - LAMBDA–57

Conclusão–59

Recomendações–60

Bibliografia–62

Inconstitucionalidade da Proibição do Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo

Introdução–64

O Casamento em geral–66

O Casamento. Noção legal de casamento–66

Direito à constituição da família através do casamento–67

Direito de casar–68

Os fins do casamento–68

O princípio da universalidade e igualdade–70

Princípio da universalidade–70

Princípio da igualdade–71

Sentido da igualdade–73

Da Inconstitucionalidade da Proibição do Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo–76

Argumentos contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo–76

Argumentos a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo–78

Conclusão–86

Bibliografia–98

Prefácio

Pede-me a LAMBDA para prefaciá-la sua colectânea de monografias sobre os direitos das minorias sexuais, resultante de um concurso no qual os três trabalhos aqui apresentados foram vencedores. Aceitei o repto com prazer, não porque entendo que reconhecer a diferença é um acto de intolerância que qualquer advogado tem o dever estatutário de combater.

Existe, no mundo, um movimento de defesa dos direitos das *lésbicas*, *gays*, bissexuais e transexuais, resultante da constatação de que tem havido um tratamento discriminatório contra cada uma das categorias aqui referidas. Torna-se, diz-se, necessário mobilizar a sociedade, tornando-a favorável à promoção e garantia dos direitos económicos, políticos e sociais de todas as minorias sexuais.

O problema da homossexualidade não tem sido discutido abertamente, o que, para quem por ele se interessa – do ponto de vista de compreensão do fenómeno, percebe-se que há um grande desconhecimento do que isso significa e, até, da sua dimensão.

Qualquer espécie de orientação sexual – homossexualidade, bissexualidade, abstinência sexual ou a heterossexualidade – é uma realidade que resulta da liberdade que cada um tem de, segundo a sua identidade, sentimentos e relacionamentos, manifestar a sua personalidade perante qualquer outra pessoa.

A dignidade da pessoa humana, manifestada através da intimidade da vida privada e da privacidade que qualquer um de nós tem o direito de ter – e que qualquer outra pessoa tem o dever de respeitar – está no centro da protecção da orientação sexual de qualquer pessoa. Estas realidades não são discutidas abertamente em Moçambique, parecendo haver uma atitude de indiferença, mas nota-se alguma intolerância para quem manifesta, publicamente, uma orientação sexual diferente da heterossexualidade. É um preconceito que deve ser ultrapassado, justamente porque a Constituição da República, de forma directa, proíbe a discriminação, como forma de respeito à dignidade da pessoa humana.

É por isso que esta colectânea é importante, porque tenta, felizmente, trazer-nos os fundamentos legais de protecção da orientação sexual de cada pessoa, enriquecendo o debate que, timidamente, tem sido feito sobre a questão da diferença do ponto de vista de orientação sexual. Como refere o autor, a orientação sexual está ligada à liberdade que caracteriza a pessoa, pelo que ninguém deve ser discriminado porque é *gay*, *lésbica* ou bissexual. Trata-se, pois, de uma orientação que os heterossexuais têm o direito de discordar dela, mas têm o dever de a respeitar, do mesmo que os *gays* e *lésbicas* devem respeitar o direito dos que são ou optam por serem heterossexuais.

Trata-se, pois, de um princípio simples que devemos cultivar no nosso dia-a-dia: o direito à diferença, porque é isso que faz com que cada um de nós contribua para uma sã e harmoniosa convivência social.

Eu sou diferente! Eu respeito a diferença!

Tomás Timbane

Maputo, 01 de Dezembro de 2014

A Orientação Sexual vs. Direitos Fundamentais: Um Desafio Para Moçambique

Nhacuongue, Nelson Jaime

Introdução

Nas sociedades modernas, cada vez mais heterogéneas, cresce a preocupação de se discutirem temas que reclamam, cada vez mais, uma atenção do legislador. Entre esses, encontramos questões relacionadas com o meio ambiente, com os recursos energéticos e, bem assim, com a orientação sexual, tema do nosso trabalho. Queremos abordar a orientação sexual vs. Direitos fundamentais.

Nos últimos tempos, temos vindo a assistir a uma tendência emancipadora, quase que irreversível, de comportamentos sexuais até então considerados contrários aos tradicionais. Se, por um lado, se intensificam campanhas pró-reconhecimento destes em alguns países como Portugal, Brasil e RSA, por outro lado não se pode ignorar a influência que tais campanhas têm nas pessoas do nosso país que já tinham essa orientação sexual, principalmente da cidade de Maputo. É que se um dia as pessoas com orientação sexual, considerada pouco tradicional na nossa sociedade, se escondiam dentro de si e preferiam viver sentimentos não assumidos, hoje em dia começam a ganhar coragem de assumir, publicamente, a sua orientação sexual.

E, então, pergunta-se, será que se pode falar, eventualmente, de um “*direito à orientação sexual*” em Moçambique como um direito fundamental? Se sim, que protecção jurídica se pode dar a este para reprimir todas as formas de discriminação em razão desta, isto é, que disposições legais podem ser invocadas em sua defesa, contra uma eventual discriminação em razão desta? E, ainda, será que a única alusão à orientação sexual feita na Lei do Trabalho constitui ou não uma institucionalização à luz da cláusula constitucional aberta dos direitos fundamentais? Eis, então, o problema central do nosso trabalho.

Por esta razão, urge a necessidade de reflectirmos sobre este tema à luz dos princípios constitucionais de igualdade, privacidade e dignidade humana. Os objectivos deste trabalho são, por um lado, os seguintes: identificar e caracterizar as funções e os princípios atinentes aos direitos fundamentais; aferir até que ponto se pode discutir, em Moçambique, um “*direito à orientação sexual*”, como um direito fundamental; enquadrar a orientação sexual numa visão contemporânea dos direitos fundamentais; discutir os fundamentos que se avançam contra um direito de orientação sexual e, por outro, avaliar se os direitos fundamentais resultam por elevação da sociedade ou porque inerentes à própria pessoa humana, isto é, se só é direito fundamental aquilo que a sociedade entende como tal e nada mais para além disso. Por fim, lançar premissas para uma reflexão mais apurada, tendo em conta a actual conjuntura no que diz respeito a comportamentos sexuais no mundo em geral, e na região em particular – exemplo da RSA, Portugal e Brasil, e seu impacto em Moçambique, tendo em conta os fenómenos da globalização e integração regional, uma vez

que estes transportam consigo uma série de inter-influências que vão desde a livre circulação de pessoas até ao nível comportamental destas.

Para este propósito, dividimos o nosso trabalho em quatro capítulos. No primeiro capítulo, analisamos as noções gerais e tratamos aqui a noção de direitos fundamentais e de orientação sexual, as funções e princípios dos direitos fundamentais. No segundo, iremos abordar o ordenamento jurídico moçambicano e a orientação sexual, onde analisaremos a cláusula aberta dos direitos fundamentais, a alusão da orientação sexual na nossa Lei de Trabalho, as gerações dos direitos fundamentais e as objecções ao direito da orientação sexual. No terceiro e quartos capítulos, respectivamente, debruçamo-nos da orientação sexual no direito comparado, com referência à União Europeia e Brasil, e da protecção, interna e internacional dos direitos fundamentais e orientação sexual, a tutela judicial e jurisdicional destes, os mecanismos africanos e das Nações Unidas de protecção.

Em termos metodológicos, seguimos a doutrina de vários autores, extraída em manuais e *sites* da Internet, para além de entrevistas pessoais. Exploramos, também, a legislação aplicável, para além da confrontação de outros documentos.

Capítulo I: Noções Gerais

Noção de Orientação Sexual

A Human Rights Education Associates (HREA) escreve: *“Orientação sexual é uma noção das mais recentes na prática e na legislação dos direitos humanos e uma das mais controversas na política. Preconceitos, estereótipos negativos e discriminação estão profundamente arraigados em nosso sistema de valores e padrões comportamentais”*¹.

De facto, também, para o ordenamento jurídico moçambicano o conceito de orientação sexual é irrefutavelmente novo. Não encontramos senão a única referência na Lei de Trabalho (L.T), no vasto leque da legislação que compõe todo o nosso ordenamento.

A L.T faz alusão à orientação sexual, sem, no entanto, definir o que esta seja. Por estas razões, ao tratar deste tema no presente trabalho torna-se mister defini-lo a fim de que confusões terminológicas não acabem por prejudicar o aprofundamento das inúmeras e crescentes polémicas que grassam na matéria².

Para esta tarefa, vamos olhar para a forma como o tema é tratado em ordenamentos jurídicos onde o conceito de orientação sexual já domina quase o grosso da legislação nacional, a exemplo do ordenamento jurídico brasileiro. Eis por que razão vamos tentar definir o conceito de orientação sexual com maior recurso à doutrina brasileira.

Segundo Roger Raupp Rios, por orientação sexual deve entender-se a afirmação de uma identidade pessoal cuja atracção e/ou conduta sexual direccionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualismo), sexo oposto (heterossexualismo), ambos sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual)³.

Outra definição dada pela HREA refere que a orientação sexual é a atracção emocional, sexual ou afectiva contínua por outra pessoa (...).

Orientação sexual é algo que se dá ao largo de um continuum que abrange desde a homossexualidade até à heterossexualidade exclusivas e inclui várias formas de bissexualidade⁴. É a expressão sexual de cada indivíduo por um membro de outro sexo, do mesmo sexo, ou por ambos os sexos. Não se sabe se a orientação sexual é determinada pelo social, por factores biológicos ou ambos (Suplicy 1986).

Como se pode depreender destas duas definições, a noção de orientação sexual ultrapassa as conotações negativas ligadas à homossexualidade, comumente imputadas a pessoas com atracção sexual por outras do mesmo sexo. Na verdade, orientação sexual compreende tanto a afeição por pessoas do mesmo sexo,

do sexo oposto, bem como por ninguém. Por outro lado, é mais do que uma conduta sexual, isto é, é, também, uma atracção emocional, contemplando-se aqui aquelas pessoas que sendo de um sexo, comportam-se, vestem-se como se do outro fossem. Ex: pessoas que sendo homens comportam-se, vestem-se e vivem como se tratassem de mulheres.

Noção e Sentido dos Direitos Fundamentais

Porque dedicamos este primeiro capítulo à análise dos core terms deste trabalho, vamos, agora, discutir o conceito de direitos fundamentais.

Começamos pela posição do Prof. Jorge Miranda que define direitos fundamentais como direitos ou posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material donde direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material⁵.

Falando da Constituição formal, este autor avança três notas características desta:

- a) Intencionalidade na formação;
- b) Consideração sistemática a si;
- c) Força jurídica própria⁶.

A Constituição formal é, portanto, o conjunto de normas jurídicas com valor e dignidade superior a todas outras normas do ordenamento jurídico, elaboradas por um órgão com poderes específicos e através de um processo diverso do que é utilizado na elaboração das normas ordinárias⁷.

O sentido material da Constituição compreende o conjunto das normas jurídico-constitucionais não identificadas pela sua força, hierarquia ou dignidade formal, mas pelo seu conteúdo. São normas com dignidade constitucionais, estejam ou não prescritas na Constituição formal⁸.

Parafraseando o Prof. Jorge Miranda, os direitos fundamentais em sentido formal coincidem com os direitos fundamentais em sentido material, mas o inverso não é válido. Direitos fundamentais em sentido material não são só direitos declarados, atribuídos pelo legislador constituinte. Trata-se, outrossim, de direitos resultantes da concepção da Constituição dominante, da ideia de Direito.

O mesmo autor acrescenta que não há direitos fundamentais sem Estado, sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, por isso deve ter-se por Direito fundamental toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto

consagrada na Lei Fundamental⁹, isto é, enquanto inscrita na Constituição formal.

Mais adiante, este autor refere que os direitos fundamentais não se esgotam nos consagrados na Constituição, ideia por nós perfilhada. Ora, admitir que os direitos fundamentais sejam em cada ordenamento jurídico aqueles que a sua Constituição, entendida como expressão de certo e determinado regime político, como tais define é o mesmo que admitir a não consagração, a consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como o direito à vida, a liberdade de crença ou a participação na vida pública, e nós acrescentamos, à orientação sexual, só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político. Na verdade, os direitos fundamentais devem ser entendidos, *prima facie*, como direitos básicos da pessoa, direitos esses ligados à própria dignidade actual da vida humana. São direitos que não carecem necessariamente de consagração constitucional.

Resumindo, para o Prof. Jorge Miranda os direitos fundamentais são valores supremos intrínsecos à dignidade humana, cuja validade não carece da consagração em nenhum instrumento jurídico. Eles têm valor em si, existem independentemente da vontade e consciência do seu titular e transcendem a vontade de qualquer ente jurídica.

O Prof. Gomes Canotilho, discordando desta posição, sustenta que os direitos fundamentais são direitos jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente, são direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta¹⁰. Para este, os direitos fundamentais só existem na relação directa com a Constituição, isto é, na medida em que tenham sido positivados. É preciso constarem da lei fundamental (a Constituição). A positivação dos direitos fundamentais significa, para este doutrinário, a incorporação na ordem jurídica dos direitos considerados “*naturais*” e inalienáveis do indivíduo.

Portanto, para Canotilho os direitos fundamentais só existem onde existindo uma Constituição, esta os tenha consagrado, e se justifica citando Cruz Villalon segundo o qual “onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais (...)”

Um outro autor que discute os direitos fundamentais é Vieira de Andrade¹², segundo o qual os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados, apenas, do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para se defenderem, antes valem juridicamente, também, do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual.

Para Menezes Cordeiro, os direitos fundamentais correspondem à positivação, nas ordens jurídicas internas do tipo continental, dos direitos do homem. Correspondem às posições jurídicas activas consagradas na Constituição¹³.

Qualquer que seja o entendimento que se tenha dos direitos fundamentais o certo é que, perfilhando o Prof. Jorge Miranda, estes não se esgotam nos consagrados na Constituição (dimensão objectiva), existem outros direitos inerentes à natureza humana para além dos consagrados na Constituição (dimensão subjectiva). Aliás, este foi entendimento acolhido pelo nosso legislador constituinte.

Funções dos Direitos Fundamentais

Função de Defesa ou de Liberdade

A primeira função dos direitos fundamentais é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes públicos. Esta função é encarada numa dupla perspectiva: é que se, num plano jurídico-objectivo, os direitos fundamentais constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual, já no plano jurídico-subjectivo, eles implicam o poder de exercer positivamente esses direitos (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). É o que se passa, por exemplo, com o art. 54 da CRM, que garante a liberdade de religião e de culto (liberdade positiva), proibindo de igual modo todos os tipos de discriminação, perseguição, privação por razões da fé, convicção ou práticas religiosas (liberdade negativa). Assim, também, podemos dizer que a pessoa pode optar por uma orientação sexual, não devendo por esse facto ser discriminada.

Função de Protecção Perante Terceiros

Muitos direitos emanam no Estado um dever de protecção dos titulares dos direitos fundamentais perante terceiros. O Estado, para além de garantir constitucionalmente os direitos, vê-se na conjuntura de ter que adoptar medidas positivas destinadas a proteger o livre exercício desses direitos e reprimir todas as actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos, perpetradas por terceiros. É que, mais do que garantir o direito à vida e à integridade física, bem como o direito à inviolabilidade do domicílio, é preciso evitar e reprimir eventuais actuações lesivas ou ofensivas de terceiros que atinjam ou ameacem esses direitos. Daí falar-se da função da protecção perante terceiros.

Aqui, também, vale o comentário de que mais do que reconhecer um direito à liberdade de consciência, de opção política ou religiosa e, quiçá, de orientação sexual é preciso garantir que ninguém deva sofrer ingerência no seu exercício.

Função de Não Discriminação

Corolário do princípio da igualdade, a função da não discriminação é ultimamente apontada pela doutrina como uma das mais acentuadas funções dos direitos fundamentais, como função primária e básica dos direitos fundamentais.

Gomes Canotilho refere que esta função abrange todos os direitos, desde os direitos, liberdades e garantias individuais (ex.: não discriminação em virtude da religião), passando pelos direitos de participação política (ex.: direito de acesso aos cargos políticos) até aos direitos dos trabalhadores (ex.: direito ao emprego). Indo mais longe, Canotilho escreve: "é ainda com uma acentuação-radicalização da função anti-discriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efectivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiper-inclusiva (direitos dos homossexuais, direitos das mães solteiras, direitos das pessoas portadoras do HIV)"¹⁴.

A este propósito, o nosso legislador cuidou de proibir a discriminação por razões de orientação sexual no acesso ao trabalho (art. 4 da L.T), de harmonia com o princípio constitucional da igualdade consagrado no art. 35. É caso para questionar se o legislador laboral, ao prever isto, fá-lo por reconhecimento de um direito fundamental de orientação sexual ou por puro respeito ao princípio constitucional da igualdade. Porém, deixemos para reflectirmos acerca em capítulo próprio, a dedicar nas próximas páginas.

Função de Prestação Social

Não menos importante, encontramos a função de prestação social que, no dizer de Gomes Canotilho, prende-se com o direito de o particular obter do Estado uma determinada prestação (saúde, educação, segurança social), direito esse que se traduz na obrigação de o Estado prover determinados serviços. Todavia, esse direito não significa que o indivíduo que tenha disponibilidade financeira suficiente para obter a satisfação das suas pretensões prestacionais, através do comércio privado (cuidados de saúde privados, ensino privado), não o possa fazer.

Canotilho refere ainda que esta função dos direitos fundamentais está associada a três núcleos de problemas: o dos **direitos sociais originários**, isto é, se os particulares podem derivar directamente da Constituição pretensões prestacionais (através do reconhecimento constitucional do direito à habitação exigir-se uma casa); o problema dos direitos sociais derivados, traduzido no direito de exigir uma actuação legislativa concretizadora das normas constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão e, por fim, o problema de políticas sociais activas, conducentes à criação de instituições, serviços e fornecimento de prestações (escolas, segurança social, bolsas de estudo).

Princípios Atinentes aos Direitos Fundamentais

Queremos aqui analisar alguns princípios que informam os direitos fundamentais. Esses princípios encontrámo-los reflectidos em todos os diplomas legais que versam acerca da matéria dos direitos fundamentais, com premissa à Constituição.

Alguns dos princípios que caracterizam o constitucionalismo contemporâneo são o da igualdade, da privacidade e o do respeito pela dignidade da pessoa humana. Ora, num Estado de Direito democrático, como o nosso pretende ser, são, indubitavelmente, irrenunciáveis tais princípios, no quadro geral dos direitos fundamentais.

Vamos, então, estudar cada um destes princípios, de forma mais elaborada, nas próximas linhas.

Princípio da Igualdade

Um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade, esta entendida, desde logo, como a igualdade formal, isto é, a igualdade jurídica, aquela que surge indissociada da própria liberdade individual¹⁵. O princípio da igualdade surge-nos como um princípio estruturante ou conformador das ordens jurídicas no constitucionalismo moderno e vem proclamado como um valor fundamental não só pelas Constituições dos diferentes países, mas, também, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁶.

Nas sociedades contemporâneas, caracterizadas cada vez mais como plurais, heterogêneas e, por vezes multiculturais, a procura de um equilíbrio entre o bem comum e o interesse de grupos, bem como entre a igualdade e aquilo a que se vem chamando direito à diferença, tornou-se a ordem do dia.

O princípio da igualdade concretiza-se pela proibição de todas as formas de discriminação fundadas quer no género, na posição social, etnia, convicção política, religião, raça, idade, ou sexo e, quiçá, orientação sexual. Aliás, a Constituição da República moçambicana cuidou de consagrar este princípio no seu art. 35.

Porém, a Constituição, escreve Jorge Miranda¹⁷, não se circunscreve apenas a declarar o princípio de igualdade. Ela vai longe, aplicando-o a zonas mais sensíveis na perspectiva da sua ideia de Direito. Mais do que decorrências puras e simples da igualdade jurídica, encontramos nela preceitos de diferenciação em função de diferenças de circunstâncias, imposições derivadas da igualdade social e discriminação positiva (é exemplo disso o art.37 da CRM). Trata-se aqui, segundo Flávia Piovesani, da igualdade material, correspondente ao ideal de

justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios género, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios)¹⁸.

A aplicação progressista do princípio da igualdade impõe um dever de tratamento igual não apenas ao Estado, mas, outrossim, aos indivíduos e organizações que sejam titulares de algum poder social, nomeadamente: empresas, associações profissionais, igrejas¹⁹. Podemos dizer, em conclusão, que este princípio é vinculativo não só ao Estado. Assim, também, a aceitação da vigência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pressupõe, por isso, a negação da concepção tradicional destes direitos como direitos oponíveis unicamente frente às entidades públicas²⁰.

Princípio da Privacidade

A Constituição procura, com enorme esforço, salvaguardar a privacidade e intimidade pessoal dos cidadãos, tudo por respeito à dignidade da pessoa humana. É por isso que a ninguém é lícito ingerir-se na vida privada de outrem, seja porque motivo for.

Segundo Menezes Cordeiro, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada postula uma liberdade fundamental: a que cada um tem de, sem prejudicar terceiros, orientar a sua vida privada como entender. Esta vida privada corresponde às mais diversas realidades: a origem e a identidade da pessoa, a sua situação de saúde, a sua situação patrimonial, a sua imagem, as suas amizades e relacionamentos, os seus sentimentos. Em rigor, a vida privada abrangerá tudo o que não seja público e profissional ou social. É por isso que, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, mais do que um direito contra o Estado, é, além disso, um direito de personalidade oponível a todos os particulares.

Ora, se assim é, então há que respeitar a escolha por uma e não outra, orientação sexual que as pessoas fazem, pois esta situa-se no seu direito de optar, na sua liberdade, em suma, na sua intimidade de vida privada, até porque, como viremos, esta prende-se com a noção de sexo e até questões genéticas.

Princípio da Universalidade

Segundo Jorge Miranda, todos quanto fazem parte da comunidade política fazem parte da comunidade jurídica e são igualmente titulares dos direitos e deveres aí consagrados. É assim, também, com os direitos fundamentais, estes têm ou podem ter por sujeitos todas as pessoas integradas na comunidade política.

Ora, embora incidível do princípio da igualdade, o princípio da universalidade não se confunde com aquele. O primeiro apresenta-se, essencialmente, qualitativo, enquanto o segundo é, essencialmente, quantitativo, isto é, enquanto

aquele consagra que todos têm os mesmos direitos, portanto são iguais, este consagra que esses direitos e deveres são para todos. Não obstante, há direitos que não são para todos, mas se reconhecem para certas categorias de pessoas, em razão de diversos factores, permanentes ou relativos a certas situações: direitos das crianças, direitos dos cônjuges, direitos dos arguidos, direitos dos trabalhadores, etc.

Princípio da Não Discriminação

Para Flávia Piovesani, a discriminação significa toda a distinção, a exclusão, a restrição ou preferência que tenha por objecto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, económico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Contra estas atitudes, proíbe o art. 35 da CRM toda a discriminação fundada, entre outros aspectos, na cor, raça, origem étnica e sexo. Como facilmente se pode compreender, a não discriminação é directamente proporcional à afirmação da igualdade. Com efeito, a concretização da igualdade em matéria de sexo, examinada com profundidade, alcança o âmbito da orientação sexual. É que o entendimento da orientação sexual vai ao largo do entendimento do sexo.

Augusto de Carvalho²¹, em entrevista connosco, afirmou: *“o sexo é uma totalidade. O ser humano é sexo da cabeça aos pés”*. Menezes Cordeiro, no mesmo sentido, refere que o ser humano é uma espécie sexuada, cujo sexo fica determinado no momento da concepção (sexo cromossomático). Porém, podendo apontar-se outros sexos, quais sejam, sexo social, que ocorre com a socialização da criança, o sexo psicológico que equivale à interiorização da fenomenologia sexual, levando a que cada um se saiba e sinta “homem” ou “mulher”²².

Também França²³, nas classificações que faz do sexo, aponta que o sexo pode ser psicológico, também chamado de sexo de identificação ou comportamental ou moral, sendo este aquele que o indivíduo faz de si próprio e que se reflecte no comportamento, isto é, sentir-se homem ou mulher (e isto prende-se com a orientação sexual).

Portanto, a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, podemos dizer, com convicção, um comportamento (constitucionalmente vedado), de discriminação em razão do sexo, à luz do art. 35.

Princípio da Dignidade Humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é prólogo de vários textos constitucionais.

Modernos (ex.: art. 1º da Lei Fundamental da República Federal Alemã; art.1º da Constituição Portuguesa; art. 1º da Constituição Espanhola; art. 21 da Constituição Russa; art.1º, III da Constituição do Brasil, etc.). A dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional supremo, apresenta-se como norma fundamental e como direito fundamental²⁴.

Ele alicerça-se na afirmação kantiana de que o homem existe como um fim em si mesmo e não como mero meio (imperativo categórico), diversamente dos seres desprovidos de razão que têm valor relativo e condicionado e se chamam coisas; os seres humanos são pessoas, pois sua natureza já os designa com um fim, com valor absoluto²⁵.

Refira-se que o princípio da dignidade não é apenas um conceito constitucional, mas um verdadeiro fundamento do Estado democrático de Direito, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais; não é só um princípio da ordem jurídica, é também da ordem económica, política, cultural, com densificação constitucional. A despeito disto, Jorge Miranda escreve que os direitos, liberdades e garantias pessoais (e bem assim, os direitos económicos, sociais e culturais) comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas²⁶.

Portanto, é um valor supremo e acompanha o homem até à sua morte, por ser da essência da natureza humana. A dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz a concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade.

O art.1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra que *“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”*. Para Miranda, a razão e a consciência são o denominador comum a todos os homens e, por isso mesmo, os direitos fundamentais não podem desprender-se da consciência jurídica dos homens e dos povos. Ele conclui apontando cinco directrizes básicas:

- A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
 - A dignidade da pessoa humana é a da pessoa em qualquer dos géneros, masculino e feminino; em cada homem e em cada mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade;
 - Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
-

- O primado da pessoa é o do ser, não o do ter, a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;
- A protecção da dignidade das pessoas está para além da cidadania (moçambicana) e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos;
- A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

Portanto, a dignidade humana é o critério da fundamentação do Direito em geral, e dos direitos fundamentais em particular, e parte, por isso, das características da liberdade e da racionalidade da pessoa, antropologicamente sustentada numa inserção social, garantindo o seu desenvolvimento pessoal²⁷.

Capítulo II: O Ordenamento Jurídico Moçambicano e a Orientação Sexual

Depois de dedicarmos o primeiro capítulo à revisão de alguns conceitos e princípios de grande importância para o presente trabalho, queremos dedicar este capítulo à análise do nosso ordenamento jurídico, com relação à orientação sexual. Importa, desde logo, referenciar que relativamente ao reconhecimento do direito da orientação sexual pelos ordenamentos jurídicos concretos a doutrina aponta quatro modelos²⁸.

O primeiro, a que a doutrina chama modelo expandido de reconhecimento, caracteriza-se por enumerar providências jurídicas nas esferas de discriminação de condutas, da existência de políticas gerais de não discriminação e da instituição de políticas de acção afirmativa, tais como, respectivamente, revogação de legislação penal incriminadora, garantia de acesso a locais públicos sem restrições e apoio às organizações de homossexuais. Adoptaram este modelo países como Holanda, Dinamarca, Noruega e Suécia.

O segundo é o modelo intermediário que, por sua vez, abrange a discriminação e proíbe a existência de medidas discriminatórias, sem, contudo, apontar para qualquer iniciativa positiva. São exemplos disso a França, a Austrália e alguns Estados dos Estados Unidos, como é o exemplo de New York e New Jersey.

No nosso ordenamento encontramos o art. 235.º do C.P que criminaliza o uso indevido de trajos (aquele que se vestir e andar em trajos de próprios de diferente sexo...será condenado em prisão até seis meses...). Entretanto, embora se assista isto no quotidiano dos cidadãos moçambicanos, nunca ninguém foi levado ao banco de réus por este facto, o que significa que há um sentimento partilhado pela sociedade da não repreensibilidade deste comportamento. Aliás, encontramos homens que, tendo orientação homossexual, se vestem como mulheres e nem por isso foram alguma vez condenados.

Para além disto, encontramos no ordenamento jurídico, ainda que em única lei, uma norma anti-discriminatória por razões de orientação sexual (art. 4 da L.T). Ora, embora não haja uma descriminalização expressa do art. 235.º do C.P, podemos dizer que já não há uma punição daquela conduta por ele prevista e, conjugado este facto à previsão do art. 4 da L.T podemos enquadrar o nosso Ordenamento no modelo intermediário de reconhecimento da orientação sexual. Portanto, com este raciocínio podemos concluir que, embora não havendo qualquer iniciativa de positivação, há em Moçambique um reconhecimento da orientação sexual.

Portanto, com este raciocínio podemos concluir que, embora não havendo qualquer iniciativa de positivação, há em Moçambique um reconhecimento da orientação sexual.

A cláusula constitucional aberta dos Direitos fundamentais

No primeiro capítulo deste trabalho fizemos referência aos direitos fundamentais formal e materialmente considerados, porquanto estes se achem consagrados ou não pela constituição. Directamente incidível a isto, encontramos a cláusula constitucional aberta dos direitos fundamentais, também conhecida, nos meandros da doutrina, como princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais ou princípio da não identificação²⁹.

A par dos direitos fundamentais formalmente enunciados pela constituição, que entre nós enquadram-se no Capítulo I, do Título III, cujo título é: direitos, deveres e liberdades fundamentais, encontramos, porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das infra-constitucionais aplicáveis, por força do art. 42 da CRM. São os direitos materialmente fundamentais.

Trata-se de uma norma que vem abrir o âmbito dos direitos fundamentais, de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de direitos que se compõem no horizonte da acção humana, possibilidades essas que se situam nas normas ordinárias. Trata-se de uma umbrela de todos os direitos fundamentais, e não apenas de uma certa categoria deles – os direitos, liberdades e garantias, como alguns autores pretendiam³⁰.

Portanto, como dissemos, o art. 42 da CRM aponta para um sentido material dos direitos fundamentais, como aqueles provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Traduz-se, assim, numa enumeração que, para Jorge Miranda, sem ser em rigor meramente enunciativa, é bastante aberta dos direitos fundamentais na Constituição, sempre pronta a ser preenchida através de novas faculdades para lá daquelas especificadas em cada momento. Todavia, diz este autor, os novos direitos devem coexistir com os demais, sem quebrar a unidade (mais valorativa do que lógica) do sistema.

Esta abertura do catálogo constitucional dos direitos fundamentais assume uma dupla função, em relação a determinado subsistema constitucional de direitos fundamentais:

Por um lado, a de integração, na medida em que por esta cláusula chegam ao texto constitucional direitos fundamentais novos ou esquecidos no momento da expressão da vontade constituinte, obtendo, assim, o seu reconhecimento. Por outro, de aperfeiçoamento que se traduz no facto de outras fontes poderem apresentar contornos mais precisos dos direitos e frisar a existência de novas

faculdades, desconhecidas ou desconsideradas, até certo momento³¹.

Bacelar Gouveia³², abordando os direitos fundamentais atípicos, fala de dois fenómenos de aparecimento destes direitos, mas que não se confundem com a cláusula aberta dos direitos fundamentais, embora coincidam no resultado. O primeiro fenómeno retrata o aparecimento de tipos de direitos fundamentais através de um processo hermenêutico, que elege os direitos fundamentais implícitos, como resultado da interpretação extensiva das fontes constitucionais. O segundo fenómeno vem a ser o de reconhecimento da constitucionalização de outras fontes – internas e externas – que concretizam os direitos fundamentais, numa lógica de prolongamento das fontes constitucionais.

De qualquer forma, como na CRP, a CRM condicionou o acolhimento dos direitos fundamentais atípicos ao facto de os mesmos serem previamente positivados nalgumas fontes normativas que mencionou e que são de duas ordens:

- Fontes normativas externas: que são regras aplicáveis do Direito Internacional (art.43)
- Fontes normativas internas legais: as leis ordinárias (art.42).

A Orientação Sexual Como Um Direito Fundamental: a única alusão a esta em todo o ordenamento jurídico – institucionalização ou desatenção do legislador laboral?

Escreve Rita Cabral que a simples referência da lei, se não der lugar a um esforço doutrinário de concretização e de aplicação, é insuficiente. É por isso que queremos aqui fazer um exercício de interpretação da previsão do art. 4 da L.T, numa visão sistémica do Ordenamento Jurídico. De tudo quanto foi dito até aqui, podemos concluir que a orientação sexual é, num plano contemporâneo, um direito fundamental. Aliás, esse é o entendimento de muitos autores já por nós citados. Porém, a pergunta que se coloca é a de saber se pode falar-se de um direito à orientação sexual em Moçambique, uma vez que não encontramos senão uma única referência a esta no art. 4 da L.T, e em nenhum outro diploma em todo o ordenamento jurídico? A resposta a esta questão tem de ter em conta os arts. 35 e 42, ambas da CRM.

Ora, várias podem ser as interpretações daquele art. 4 da L.T. Se para uns, a alusão à orientação sexual, naquela disposição feita, prende-se com a técnica legislativa pouco cuidada, uma vez que se vai buscar em outros ordenamentos, modelos de leis sem o devido cuidado de adaptá-las à realidade interna, de harmonia com o sistema (ex.: da lei contra a violência doméstica), para nós aquela disposição veio reconhecer um direito à orientação sexual à luz dos princípios constitu-

cionais da igualdade e não tipicidade dos direitos fundamentais (arts. 35 e 42, respectivamente). Ademais, estabelece a CRM, no seu art.41, outros direitos pessoais, quais sejam a honra, o bom nome, a reputação, a defesa da imagem pública e a reserva da vida privada, direitos esses que são reconhecidos a todo o cidadão, independentemente da sua situação económica, física, emocional, etc.

Por outro lado, entendemos que o legislador laboral, ao dispor neste sentido, fê-lo pelo reconhecimento de que o direito ao trabalho é um fundamentalíssimo e não pode ser cerceado por quaisquer que sejam os fundamentos. Aliás, o acesso ao trabalho constitui um interesse público primordial. Para a maior parte das pessoas é a única fonte de subsistência. Daí que qualquer discriminação por razões de simples predisposições acarreta um determinismo social negativo. A primeira decorrência disso seria a criação de grupos discriminados, estigmatizados, impossibilitados de aceder ao mercado do emprego³³.

Um argumento que pode ser contrário a este entendimento é o que chama à colação o art.7 da L. F, que reconhece casamento como união entre homem e mulher. Porém, na afirmação do Dr. Armando Cuamba³⁴, o que há é uma incoerência entre esta lei e a L.T, pelo facto de se legislar sem harmonizar o sistema jurídico, contrariando, assim, a ideia de que a Ordem Jurídica deve ser sistemática. De qualquer maneira, conclui ele que podemos dizer que há reconhecimento da orientação sexual em Moçambique, pelos argumentos supracitados.

As Gerações dos Direitos Fundamentais e (direito à) Orientação Sexual

Segundo classificações doutrinárias, os direitos fundamentais enquadram-se em três categorias (direitos da 1.^a Geração, da 2.^a Geração e da 3.^a Geração), que alguns autores preferem chamar dimensões e não gerações, por entenderem que os direitos são de todas as gerações.

A 1.^a Geração dos direitos fundamentais, cujo objectivo maior é alcançar a igualdade formal entre os indivíduos, abrange os direitos e as liberdades clássicas individuais, isto é, os chamados direitos civis e políticos (ex: direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal). Trata-se de direitos de realização imediata e incluem as liberdades de expressão colectiva como a liberdade de reunião e de associação.

A 2.^a Geração compõe-se pelos chamados direitos económicos, sociais e culturais, entendidos como prestações concretas. Estes têm como escopo a igualdade material e são de realização condicionada, na medida em que a sua implementação depende da existência de condições socioeconómicas.

Os direitos da 3.^a Geração são direitos da colectividade e interesses difusos e têm como titulares os povos, grupos e etnias. Cabem nesta categorias matérias como

meio ambiente e desenvolvimento, património comum da humanidade, paz e autodeterminação. Trata-se de direitos de solidariedade³⁵.

Feita esta classificação, cumpre agora saber em que geração se enquadrar a orientação sexual. Ora, a doutrina divide-se em relação a esta questão. Grande parte dela enquadra a orientação sexual nos direitos de 1.ª Geração, uma vez que está relacionada com a liberdade individual, a liberdade de expressão, a protecção da intimidade e da vida privada dos indivíduos. Os que defendem este posicionamento incluem a problemática da orientação sexual nos direitos de personalidade, principalmente no que diz respeito ao direito à identidade pessoal e à integridade física e psíquica.

Outros autores, porém, defendem o enquadramento da orientação sexual nos direitos da 3.ª Geração, uma vez relacionada com os direitos das minorias, entendidas fundamentalmente como grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante nesse Estado, dotadas de características específicas que os diferem da maioria dos cidadãos (ex: minorias étnicas, religiosas ou linguísticas). Entretanto, contra este entendimento lança-se, desde logo, uma crítica, uma vez que a ideia de minoria gera a necessidade de privilégio ou protecção especial face à maioria. Ora, isto é incompatível com a noção de orientação sexual acima exposta, que abarca as diversas modalidades de expressão da vida sexual, que vão desde a heterossexualidade à homossexualidade e outras manifestações da sexualidade. Portanto, a orientação sexual informa os direitos humanos na sua vertente universalista e concreta.

Objecções ao Direito à Orientação Sexual

A questão da orientação sexual toca com sensibilidade e convicções ético-morais das pessoas, por estar ligada à intimidade e privacidade pessoais. É por isso que enfrenta várias objecções. Essas objecções resumem-se basicamente em três: argumento maioritário, argumento moralista e argumento biomédico³⁶.

Argumento Maioritário

O primeiro argumento contra um direito à orientação sexual prende-se com a ideia da maioria, isto é, tem a ver com o facto de a maioria dos indivíduos de determinada sociedade se identificar ou não com certas identidades e práticas sexuais. Como a maioria dos indivíduos rejeita e estigmatiza tais prática, uma decisão contrária a este sentimento popular seria uma usurpação do processo democrático, um desrespeito à vontade popular, configurando um acto arbitrário por parte do órgão legislativo ou judicial que reconhecesse tal direito.

Entretanto, do ponto de vista dos direitos humanos este argumento peca por defeito, uma vez que conflitua com uma das características fundamentais dos

direitos humanos, especialmente quando plasmados nas Constituições nacionais, qualquer que seja o processo, que é a da função de protecção de indivíduos grupos contra violações de terceiros, mesmo quando tais violações sejam perpetradas pela maioria (característica de que já falamos em sede da abordagem das Funções dos Direitos Fundamentais).

De facto, na génese da DUDH e do constitucionalismo moderno está a afirmação de certos direitos invioláveis e garantidos inclusive contra deliberações maioritárias. Entre esses direitos situam-se os direitos de personalidade, de que, como já vimos, a orientação sexual está relacionada. Aliás, a orientação sexual, uma vez subsumida aos princípios da igualdade e liberdade, encontra-se protegida contra deliberações maioritárias que a viole. Nessa tradição do constitucionalismo e dos direitos humanos, inclusive, uma condição para a vida democrática é a preservação desse modelo fundamental de respeito pelas liberdades fundamentais das pessoas, daí que a sua afirmação não subverte a vida democrática, pelo contrário, tal protecção é exigida pela democracia, regime que não se resume à vontade da maioria.

Portanto, sendo democrático o nosso Estado, como se afirma nos arts. 1.º e 3.º da CRM, então o argumento de que só a vontade maioritária deve decidir sobre questões relativas à orientação sexual não se compadece com a afirmação do Estado democrático, que pauta pelo respeito e garantia das liberdades fundamentais do Homem. Mesmo porque, se estivermos a falar da vertente homossexual da orientação sexual, a Amnistia Internacional decretou, em 1991, que discriminações por razões desta constituem uma violação dos direitos humanos³⁷.

Argumento Moralista

Um segundo argumento que se invoca para obviar o direito à orientação sexual prende-se com razões morais. Os que invocam estas razões argumentam dizendo simplesmente que não se trata de direito algum, mas, sim, de deturpações valorativas. Como se pode constatar, também, estes fundam-se numa moralidade maioritária. Porém, numa perspectiva que privilegia a liberdade e a igualdade, John Stuart Mill³⁸ escreve: a única moralidade que a democracia pode acolher é a moralidade crítica, em que o argumento do gosto, da tradição e do sentimento de repulsa da maioria não podem ser finais, sob pena de se traduzirem em fundamentalismo das tradições e autoritarismo daqueles que se considerem iluminados (fundamentalismo religioso, por exemplo).

Com efeito, diz Roger Rios³⁹ que os critérios da ausência de dano relevante a terceiros e a existência de livre e espontâneo consentimento fornecem as bases para o pensamento democrático responder à objecção moral que se coloca à

liberdade sexual. Refere ele que, assim como uma pessoa religiosa deve aceitar a liberdade de crença e a possibilidade de ateísmo daí decorrente como a melhor forma de garantir sua vivência religiosa, uma pessoa moralmente conservadora pode admitir as garantias de liberdade sexual, a fim de que o Estado, por meio de seus agentes, não tenha a possibilidade de interferir no exercício de sua moralidade. A ideia central, informadora desses critérios, é precisamente o respeito à dignidade humana: as regulações são incompatíveis com o igual respeito a todos devido, quando interferem nas escolhas pessoais de modo a considerar os indivíduos incapazes de decidir por si mesmos (Nussbaun, 1999).

De encontro com este pensamento, diz Augusto de Carvalho⁴⁰ que é possível conviver-se com as diferenças de orientação sexual, contanto que a de um não interfira na do outro e se respeite a diversidade de cada um.

O argumento moralista muitas vezes se expressa de modo religioso, fundado entre outros preceitos bíblico, no livro de Levítico, 18: 22; 20:13, onde se estabelece o carácter sagrado da sexualidade, e na Carta aos Romanos, 1:25-27, onde se escreve: *“Por isso, Deus entregou os homens a paixões vergonhosas: suas mulheres mudaram a relação natural em relação contra a natureza. Os homens fizeram o mesmo: deixaram a relação natural com a mulher e arderam em paixão uns com os outros, cometendo actos torpes entre si, recebendo dessa maneira em sim próprios a paga pela sua aberração”*. Isto sem falar das tragédias de Sodoma e Gomorra. Porém, diante disso, um direito democrático da sexualidade implica refutar, como aponta Rios, todos os discursos fundados em premissas religiosas, tendo em conta o Estado laico e democrático de direito (entre nós consagrados constitucionalmente pelos arts.12 e 3, respectivamente). Portanto, concebidos a partir desses marcos fundamentais, os direitos sexuais podem constituir-se como espaços onde a sociedade civil e o Estado mantêm-se autónomos diante das instituições religiosas, preservando o pluralismo jurídico (art.4 da CRM) e o respeito pela diversidade.

Argumento Biomédico

Não menos discutível é o argumento biomédico, que associa a orientação sexual a questões de carácter patológico. Porém, a doutrina discorda deste argumento e adianta que para além do facto de não existir consenso e muito menos um reconhecimento oficial no meio científico acerca do carácter patológico de muitas das identidades e práticas sexuais estigmatizadas, não se pode desenvolver um direito da sexualidade com base em postulados médicos, mas tão-somente com base em princípios democráticos e de respeito pelos direitos humanos. Aliás, ensinamentos colhidos do Direito Comparado revelam que no Brasil, o Conselho Federal de Psicologia aprovou a Resolução CFP n.º 001/99, de 22 de Março de 1999 que, entre outros aspectos, considera, no seu preâm-

bulo, que a homossexualidade não é doença nem distúrbio⁴¹.

Capítulo III: A Orientação Sexual no Direito Comparado

A protecção contra a discriminação com base na orientação sexual é, actualmente, uma preocupação de quase maior parte dos Estados. Muitos Estados possuem nas suas Constituições cláusulas proteccionistas, como são os casos da África do Sul, Equador, Austrália, Canadá e Brasil, enquanto outros, como Holanda, Suécia e Irlanda, foram criando agências públicas destinadas à investigação da discriminação por orientação sexual, algumas das quais têm até iniciativa legal e apoiam as vítimas da discriminação. Outros ainda vão mais longe, chegando a consagrar leis ou artigos anti-discriminatórios nos seus códigos penais, como, por exemplo, Holanda e Roménia⁴².

Para além destas acções, alguns países já têm leis que autorizam casamentos homossexuais, atribuindo-os igual valor e protecção, dados aos casamentos heterossexuais. Exemplo flagrante é o da Islândia, cujo Parlamento aprovou por unanimidade a lei que legaliza os casamentos homossexuais, a 12 de Junho de 2010. No dia da entrada em vigor desta, dia 27 do mesmo mês, a Primeira-Ministra islandesa, Johanna Sigurdardottir casou-se com a sua companheira, Jonina Leosdottir. Se àquela data os casais homossexuais daquele país podiam unir-se legalmente e beneficiar dos mesmos direitos que os heterossexuais, sem que tal união correspondesse a um verdadeiro casamento, desde então os casais homossexuais podem requerer a validação da sua união.⁴³

Tratamento Jurídico na União Europeia

A protecção dos direitos fundamentais no âmbito da UE é, hoje, de uma relevância não despidianda. A questão dos direitos fundamentais na esfera de actuação da Comunidade Europeia começou por se colocar no quadro dos direitos, liberdades e garantias, ou seja, nos chamados direitos de 1.ª geração⁴⁴. A orientação sexual não podia ficar fora dessa preocupação de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos da União.

É por isso que o Tratado de Amesterdão veio consagrar inovações interessantes no direito primário da UE sobre direitos fundamentais. Ainda que este Tratado não tenha aberto, explicitamente, caminho à resolução definitiva do problema dos direitos fundamentais no direito comunitário, adoptou um conjunto de preceitos importantes para reforçar a protecção destes direitos na UE. Introduziu, entre outros, o art. 13 no Tratado da Comunidade Europeia, que alargou o âmbito de aplicação do princípio da não discriminação em razão do sexo, raça, ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual⁴⁵. Esta proibição deve ser considerada como aplicação genuína do princípio da

igualdade e, nessa medida, reportáveis à essência dos direitos civis.

Outro instrumento importante é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, tida como o código dos direitos fundamentais da UE, que consagra, no n.º 1, do seu art. 21, o princípio da não-discriminação nos seguintes termos: é proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual. Este artigo deve ser lido em conformidade com o art. 14 da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, assinada a 04 de Novembro de 1950, pois ambas coincidem.

Outro marco importante da preocupação da UE em proteger os direitos humanos e orientação sexual é a aprovação, pelo Parlamento Europeu, de muitas resoluções, a primeira delas adoptadas em 1984, que proclamou a luta pelo fim da discriminação com base na orientação sexual.

A Regulamentação no Brasil

Brasil é um dos Estados onde a questão da orientação sexual assume já um destaque na discussão doutrinal e no plano jurisprudencial. Porém, apesar de o tratamento deste tema assumir uma posição bastante avançada neste ordenamento jurídico, não está isento de preconceitos e estigmatizações. É por isso que, também, no Brasil a questão da orientação sexual é discutida sob auspício dos princípios da liberdade, igualdade, dignidade e privacidade.

Roger Rios, em *“Para um direito democrático da sexualidade”*⁴⁶, escreve que o Direito brasileiro tem vindo a desenvolver a protecção jurídica contra a discriminação por orientação sexual, a partir dos direitos económicos e sociais. Aponta, por exemplo, que a partir da jurisprudência firmada em 1996, relativa à inclusão do companheiro do mesmo sexo no plano de saúde federal, os tribunais federais e estaduais têm vindo a seguir esta jurisprudência.

Mais ainda, segundo ele, a inclusão de uniões homossexuais na categoria das uniões estáveis, no Direito brasileiro, revela a preocupação de proteger a livre expressão sexual. Por outro lado, essas uniões inferem-se como casamentos da segunda classe, reconhecidos na Constituição brasileira de 05 de Outubro de 1988.

Entre vários instrumentos jurídicos, internacionais e internos, Rios cita os seguintes.

- A Lei Orgânica do Município do Porto Alegre que dispõe, no seu
-

art.150, que *“Sofrerão penalidades e multas, até à cassação do alvará de funcionamento, os estabelecimentos de pessoas físicas e jurídicas que,*

- no território do Município, pratiquem actos de discriminação racial, de género, por orientação sexual, (...) em razão de qualquer particularidade ou condição”.

- ▪ Constituição do Estado do Mato Grosso, que dispõe no seu art.10 que *“O Estado de Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos actos dos agentes de seus poderes, a imediata e plena efectivação de todos os direitos e garantias individuais (...), mencionados na Constituição Federal, (...) bem como daqueles constantes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos seguintes termos:*

(...)

III – A implementação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de (...) orientação sexual, (...)”.

O mesmo autor que temos vindo a citar aponta para várias decisões internacionais, tidas como precedentes e válidas para o Brasil à luz do §2.º, do art. 5.º da Constituição brasileira de 1988, porquanto demandem de órgãos internacionais, cuja decisão constitui precedente. Entre esses órgãos está o Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas, por aplicação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana dos Direitos Humanos, dos quais Brasil é signatário, e tantos outros, onde se proclama que a discriminação por razões de orientação sexual é uma espécie de discriminação por motivo de sexo, constitucionalmente vedada por força do princípio da igualdade.

Capítulo IV: A Protecção jurídica dos direitos fundamentais e orientação sexual

A Tutela Jurisdicional e Judicial

Por definição os direitos fundamentais têm de receber, num Estado de Direito, uma protecção jurisdicional. Tutela jurisdicional não é a mesma coisa que tutela judicial. Em princípio, a tutela judicial confere tão só aos tribunais judiciais o poder de julgar, que nos termos conjugados dos artigos. 2, 3 e 29, da LOJ (Lei n.º 24/2007, de 20 de Agosto) são os Tribunais Supremo, Superiores de Recurso, Judiciais de Província e Judiciais de Distrito. Porém, em bom rigor, a administração da justiça não cabe só a estes mas a tantos outros tribunais que podem existir. A par dos tribunais judiciais, a CRM reconhece outros tribunais como o Tribunal Administrativo, o Conselho Constitucional que, embora apartado dos restantes tribunais, é rigorosamente um tribunal, os eventuais tribunais militares, os tribunais laborais, os tribunais fiscais, os tribunais aduaneiros, os tribunais marítimos, os tribunais arbitrais e comunitários, que nos termos dos artigos 212, 223, 224, 241, ambas da CRM, exercem a função jurisdicional.

Não obstante não se enquadre na tutela jurisdicional, mas graciosa, pela importância que assume em matéria dos direitos fundamentais podemos apontar ainda a figura do Provedor da justiça (Ombudsman) que, nos termos dos artigos 256 e 259, da CRM, é o garante dos direitos dos cidadãos e da defesa da legalidade e da justiça na actuação da Administração Pública, muito embora não tenha um poder decisório.

A Protecção Interna e Internacional dos Direitos Fundamentais e Orientação Sexual

A protecção dos direitos fundamentais faz-se numa dupla perspectiva, interna e internacional. A par da protecção interna, o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de protecção desses direitos. Esse sistema é integrado por tratados internacionais de protecção que reflectem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais dos direitos humanos, fixando parâmetros mínimos de protecção. Nesse sentido, cabe destacar que até 2003 o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 149 Estados-partes, o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais contava com 146 Estados-partes, a Convenção contra a Tortura contava com 132 Estados-partes, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial contava com 167 Estados-partes, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as

Formas de Discriminação contra a Mulher contava com 170 Estados - partes, e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 191 Estados-partes. O elevado número de Estados-partes desses tratados simboliza o grau de consenso internacional a respeito de temas centrais voltados aos direitos humanos⁴⁷.

Com as considerações feitas acima sobre o direito à orientação sexual, podemos apontar, no âmbito da protecção interna, as seguintes disposições constitucionais em sua defesa:

- A alínea e), do art.11, que consagra como um dos objectivos fundamentais do Estado moçambicano a defesa e promoção dos direitos humanos e da igualdade dos cidadãos perante a lei;
 - O art. 35, relativo aos princípios da igualdade e, como já dissemos, a discriminação fundada na orientação sexual é uma das virtualidades da discriminação por razões do sexo, proibida por esta disposição;
 - O art. 41 que reconhece outros direitos inerentes à pessoa humana, como a honra, a reputação e bom-nome, a defesa da imagem pública e a reserva da vida privada, todos eles incompatíveis com discriminações infundadas;
 - Os artigos 42 e 43, cujas considerações foram feitas em foro próprio e são do nosso conhecimento;
 - O art. 44, esta disposição reveste-se de uma hiper-importância no âmbito da protecção da orientação sexual e de todos os direitos fundamentais, na medida em que impõe, a todos e a cada um, o dever de respeito e tolerância recíprocos, sem discriminações, qualquer que seja a espécie, mesmo de orientação sexual;
 - O art. 54, que reconhecendo o direito à objecção de consciência a todos, garante que cada um deve respeito à sua consciência em todas as suas escolhas e actuações;
 - O art. 56 que, nos termos deste, os direitos e liberdades individuais são directamente aplicáveis, com vinculação às entidades públicas e privadas;
 - O art. 69, nos termos do qual qualquer cidadão pode impugnar os actos, quer públicos quer privados, que violem os seus direitos, máxime, a recusa ou discriminação no emprego por razões de orientação sexual (em conjugação com o art.4 da L.T);
 - O art. 70, que garante que qualquer cidadão que se sinta lesado, possa
-

recorrer aos tribunais em defesa dos seus direitos, como, por exemplo, a recusa do emprego, nos termos da alínea anterior.

O Mecanismo das Nações Unidas de Protecção

O mecanismo de protecção dos direitos humanos das Nações Unidas (ONU) é informado por vários instrumentos aprovados por órgãos daquele organismo. E em matéria da orientação sexual podemos apontar o art.1 da Convenção da OIT de 1958, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, que, sem proibir de forma expressa a discriminação por razões daquela, deixa aberta aos Estados-partes a possibilidade de acréscimo de fundamentos adicionais. É neste âmbito que a nossa lei laboral veio contemplar este fundamento, no mesmo sentido que na Austrália, esta abertura contribuiu para proibir a expulsão de homossexuais das fileiras das Forças Armadas⁴⁸.

Outro instrumento da ONU digno de citar é a DUDH. Esta estabelece no seu art. 1.º que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Ora, citando Dr. Augusto de Carvalho⁴⁹, todo o homem tem a possibilidade de se diferenciar dos outros de acordo com a sua própria lei intrínseca, que é a sua liberdade. A liberdade constitui característica intrínseca do homem, ao mesmo tempo que lhe dá a possibilidade de se diferenciar dos outros seres e de seus semelhantes. Daí que, para ele, o propósito da igualdade encontra-se entrelaçado com a liberdade. Cada um deve ter igual possibilidade de usar sua liberdade, traduzida na igualdade no livre exercício da própria personalidade. Nos termos do art. 6, da DUDH, todos os indivíduos têm direito de reconhecimento da sua personalidade jurídica.

Só deste modo a igualdade reconhecida pelo art. 7 desta Declaração, que não é mais do que um propósito abstracto, tornar-se-á concreta na liberdade. A liberdade, reconhecida nos termos dos artigos 3 e 19 da Declaração, é uma característica da pessoa, enquanto cocktail de individualidade e sociabilidade, onde se misturam tendências, instintos, hábitos, racionalidade e irracionalidade, cultura, sentimentos, paixões, etc.

Segundo De Carvalho, a igualdade é abstracta porque se funda na substancialidade do homem, mas somos todos desiguais, do ponto de vista da nossa existencialidade. Podemos dizer não existe homem fora do homem – operibus cognoscetiseos – é pelas obras que se conhece o homem. Portanto, com todos estes argumentos, podemos dizer que a discriminação por orientação sexual contraria esta liberdade tanto proclamada, e que concretiza o abstracto do homem. O homem só existe configurado num ser concreto.

Ainda no âmbito das ONU, podemos apontar o PIDCP⁵⁰. O n.º 1, do art.2 deste obriga os Estados-partes a respeitarem e garantir todos os direitos aos indiví-

duos que se encontrem em seu território, sem qualquer distinção. Em aplicação desta disposição, o Comité dos Direitos Humanos estabeleceu, em 1994, no caso *Toonen vs. Austrália*, que a referência a não discriminação por sexo deve ser entendida como incluindo a questão da orientação sexual, criando-se, assim, um precedente, dentro do sistema da ONU, contra discriminação por razões de orientação sexual. Com efeito, a Austrália revogou a lei contra actos sexuais entre homens, em Tasmânia.

De igual modo, a igualdade perante a lei, plasmada no art. 26 deste instrumento, proíbe todas as espécies de discriminação, inclusive a fundada na orientação sexual.

Não menos importante, podemos apontar a Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Autonomizado de dados de Carácter Pessoal, que estabelece, no seu art. 1, como seu objectivo, entre outros, garantir que os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares nacionais ou não, de cada Estado-parte, sejam respeitado face ao tratamento autonomizado dos seus dados de carácter pessoal, especialmente os relativos à vida privada. O art. 6 desta Convenção aponta como categorias especiais de dados, entre outros, os relativos à saúde e vida sexual.

Mais ainda podemos apontar a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos que dispõe no seu art. 2, alínea a), que a todo o indivíduo é devido respeito à sua dignidade e os seus direitos, independentemente de suas características genéticas. Na respectiva alínea b), estabelece-se que esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade. Por fim, no seu art. 6 consagra-se que nenhum indivíduo deve ser submetido à discriminação com base em características genéticas, que visem a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana⁵¹.

O Mecanismo Africano de Protecção

No mecanismo africano, especial enfoque vai para a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos⁵² que, sem se referir expressamente à orientação sexual, condena, à luz do art. 2, a discriminação, entre outros, com base no sexo. Reconhecendo a igualdade e o respeito à dignidade humana, proíbe todas as formas de tratamento desumano e tortura, ainda que moral, das pessoas, nos termos dos artigos 3, 4, 5 e 6.

Conclusões e recomendações

A orientação sexual é entendida como a atracção afectiva, emocional ou como afirmação de uma identidade pessoal, cuja atracção e/ou conduta sexual direccionam-se para alguém do mesmo sexo (homossexualidade), sexo oposto (heterossexualidade), ambos os sexos (bissexualidade) ou a ninguém (abstinência sexual). Daí que configura todas as formas de expressão sexual, embora comumente reduzida à homossexualidade. Embora situada no plano da liberdade reconhecida a todos os indivíduos, ela encontra pela frente uma barreira social, uma espécie de polícia que a não deixa seguir em frente, mas que não apresenta razões convincentes. Na maior parte das vezes essa barreira resume-se a razões de ordem religiosa, segundo a qual Deus fez o homem e a mulher para se multiplicarem. Daí que o reconhecimento de uniões homossexuais perigaria a continuidade da espécie humana. Do ponto de vista argumentativo, esta razão é vazia. Basta pensar nas pessoas que nascem estéreis e nas que se entregam à castidade cristã para saber se, mesmo assim, a continuidade da espécie fica comprometida. Do ponto de vista jurídico, peca porquanto associe a orientação sexual, uma questão de direitos fundamentais, respeitante à liberdade, dignidade humana, aos argumentos religiosos, contra o princípio da laicidade, que informa o Estado de Direito.

Embora encontremos uma única alusão à orientação sexual, no art. 4 da L.T, podemos dizer que há, no nosso Ordenamento, reconhecimento desta à luz dos preceitos constitucionais dos artigos 11, alínea e), 35, 41, 42, 43, 44, 54, 56 e 69. Portanto, são estas disposições legais que podem ser invocadas em sua defesa.

A orientação sexual está intrinsecamente ligada à liberdade que caracteriza a pessoa, no mais alto sentido da dignidade humana. As pessoas são todas iguais perante a lei e não podem ser discriminadas. Todavia, embora sejamos todos iguais do ponto de vista formal, intrinsecamente cada um conserva as suas características, que o distinguem dos outros (singularidade e diversidade), o que apela ao respeito e à solidariedade recíprocos. Ninguém deve ser discriminado quer por razões de sua orientação sexual, quer por qualquer outro. Até porque a discriminação por orientação sexual é uma das formas de discriminação por razões de sexo, constitucionalmente proibida, segundo alguns autores.

Por reconhecimento de que o direito fundamental ao trabalho vale para todos, independentemente até da orientação sexual, a nossa Lei de Trabalho proibiu a discriminação fundada na orientação sexual da pessoa. Entretanto, não significa que a discriminação das pessoas com orientação sexual contrária à comum só ocorra no âmbito das relações jurídico-laborais, mas em tantos outros planos da vida dos cidadãos. Daí se apela à actividade legislativa contra discriminação em outros planos da vida. O objectivo disso é unicamente garantir que as pessoas

não venham a ser prejudicadas por razões de sua orientação sexual. Aliás, o nosso país começa a ser palco deste fenómeno, daí que começam a desenhar-se desafios para o nosso legislador.

Somos do entendimento de que não se pode reprimir a liberdade que as pessoas têm de orientar sexualmente a sua vida só porque contrária aos olhos dos outros. Trata-se de uma questão que se situa no plano da liberdade das pessoas e, como tal, atinente aos direitos fundamentais da pessoa humana. Querer que só sejam direitos fundamentais aqueles que como tal são entendidos por uns e outros, é sujeitar a uma situação de violação reiterada de muitos direitos, só porque de menor importância para determinadas pessoas. Os direitos fundamentais estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e, como tal, existem independentemente da vontade dos próprios titulares, o que significa que estes não surgem por elevação da sociedade mas porque atinentes à dignidade da pessoa.

Notas

1. In: <http://www.hrea.org/orientação> sexual e Direitos humanos; extraído a 06/02/2010, 16:37h
 2. Rios, Roger Raupp; Direitos fundamentais e orientação sexual: O direito brasileiro e a homossexualidade in: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/160/248>, extraído a 06/02/2010, 12:05h
 3. Ibidem
 4. hrea.org,
 5. Miranda, Jorge; Direitos Fundamentais: Introdução Geral – apontamentos das Aulas, Lisboa, 1999, p.11
 6. Miranda, Jorge; Teoria do Estado e da Constituição, Coimbra editora, 2002, p.484
 7. Cfr. A propósito desta matéria os artigos 2, n.º 4; 197, n.º 2, al.a; 291 e 295 da nossa Constituição, disposições nas quais podemos encontrar reflectida esta ideia
 8. In: Sumários da disciplina de Direitos Fundamentais, apontamentos não publicados, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, p.5.
 9. Miranda, Jorge; Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 2000, pp.8-9.
 10. Cfr. Canotilho, J.J. Gomes; Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5ª edição, Almedina, Coimbra, p.391 e ss.
 11. Ibidem, p.375, onde o autor conclui dizendo que os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas Constituições e deste reconhecimento derivarem consequências jurídicas.
 12. Andrade, J.C. Vieira; Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª edição, Coimbra, 2004, p.115.
 13. Segundo Cristina M.M. Queiroz, (Direitos Fundamentais -Teoria Geral, Coimbra Editora, 2002), os direitos fundamentais variam tanto no espaço (isto é, segundo o Estado Constitucional) como no tempo (isto é, segundo o período histórico) no que concerne à distribuição de papéis no seu desenvolvimento jurídico. À dependência destes direitos do texto constitucional contrapõe-se a sua dependência do contexto histórico social em que se movem. P.49.
 14. Ob. Cit., p.408
 15. Cfr. Gomes Canotilho, ob. cit., p.424
 16. Vide também Mac Crorie, Benedita Ferreira da Silva; A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais, Almedina, 1955-2005, p.42
 17. Cfr. Tomo V, ob. cit., pp. 231-232.
 18. Cfr. O artigo desta autora publicado na Internet, cujo título é Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. Consultado em www.google.co.mz, em 22/03/2010, às 11h.
 19. Vide a este propósito Queiroz, Cristina M.M; Direitos Fundamentais (Teoria Geral), Coimbra Editora, 2002, p.106
-

20. vide Barbas; Stela Marcos de Almeida Neves, Direito do genoma humano, Almedina, 2007, p.14
 21. Docente universitário e Director do Centro de Assistência e Prática Jurídica da Universidade Politécnica
 22. Vide Cordeiro, António Menezes; Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo III, 2ª edição, 2007, Almedina, p.181 e ss.
 23. De França, Genival Veloso; Medicina Legal, Guanabara Koogan, 5ª edição, Rio de Janeiro, 1977, p.32
 24. Ibidem, p. 221
 25. Cfr. Giorgis, José Carlos Teixeira; A natureza jurídica da relação homoerótica, extraído do *www.Google.com*, a 6 de Fevereiro de 2010, 13:50:38
 26. Seguimos a obra Introdução Geral, já citada, p.104.
 27. Cfr. Gouveia, Jorge bacelar; Manual de Direito Constitucional, Vol. II, Almedina, 1955-2005, p.785
 28. Vide a respeito disto o já citado artigo da internet de Roger R. Rios.
 29. Entre os autores que assim a chamam está o Prof. Gomes Canotilho. Cfr. ob. cit., p.401.
 30. Entre esses autores encontra-se Henrique Mota, citado por Gomes Canotilho, p.402.
 31. Cfr. Jorge B. Gouveia, ob. cit., p.1040.
 32. Jorge B. Gouveia, ibidem, p.1041.
 33. Cfr. Barbas; Stela Marcos de Almeida Neves, ob. cit., p. 598.
 34. Docente da Faculdade de Direito/UEM e supervisor do CPJ (Centro de Prática Jurídica)
 35. Autores há que falam de uma 4ª Geração de direitos fundamentais, entre eles Gomes Canotilho, ob. cit., p.384, e Jorge Bacelar Gouveia, ob.cit.,p.1026. Porém, pelo conteúdo que se apresenta para estes direitos, achamos nós que eles são facilmente subsumíveis nos direitos da 3.ª Geração.
 36. Sobre esta matéria consulte-se os artigos da Internet dos autores: José Carlos Teixeira Giorgis, A natureza jurídica da relação homoerótica; e Roger Raupp Rios, Para um direito democrático da sexualidade, ambos extraídos de *www.google.co.mz*
 37. Vide, a este propósito, o já citado artigo de José Carlos Teixeira Giorgis.
 38. Citado pelo Roger R. Rios no seu artigo da Internet sobre direito democrático da sexualidade.
 39. No artigo já citado: *www.google.co.mz* \Roger R. Rios - Para um direito democrático da sexualidade
 40. Docente universitário, na sua já citada entrevista conosco.
 41. Resolução consultada através do site *www.google.co.mz*
 42. Consulte orientação sexual e direitos humanos em *www.hrea.org*
 43. In: Jornal Notícias, edição do dia 30 de Junho de 2010, p.31
-

44. Cfr. Soares, António Goucha; A Protecção dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Comunitário, Coimbra editora, 2002, p.20.
 45. Ibidem, p.21.
 46. Roger Raupp Rios, Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade, extraído de www.google.co.mz
 47. Vide o já citado artigo de Flávia Piovesani.
 48. Confira www.hrea.org- orientação sexual e direitos humanos.
 49. Em Texto Provisório para alunos do 2.º Curso de Direitos humanos, apontamentos não publicados, Outubro de 2008, CAPJ- Universidade Politécnica, Maputo
 50. Ratificado pela Resolução n.º 5/91, de 12 de Dezembro.
 51. Vide Mendes, Victor M; Direitos Humanos – Declarações e Convenções Internacionais, VisLis editores, Maio-2002, 1ª edição, Lisboa, pp. 607-623.
 52. Ratificada por Moçambique através da Resolução n.º 9/88, de 25 de Agosto
-

Bibliografia

Andrade, J.C. Vieira; Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª edição, Coimbra, 2004.

Barbas, Stela Marcos de Almeida Neves; *Direito do genoma humano*, Almedina, 2007. 3. Cabral, Rita Amaral; *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, Lisboa, 1988

Canotilho, J.J. Gomes; *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª edição, Almedina, Coimbra.

Cordeiro, António Menezes; *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte Geral, Tomo III, 2ª edição, 2007, Almedina.

De França, Genival Veloso; *Medicina Legal*, Guanabara Koogan, 5ª edição, Rio de Janeiro, 1977.

Filho, Manoel Gonçalves Ferreira; *Direitos Humanos Fundamentais*, 8ª edição Revista e atualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

Gouveia, Jorge Bacelar; *Manual de Direito Constitucional*, Volume II, Almedina, 1955-2005

Gouveia, Jorge Bacelar; *Textos Fundamentais de Direito Internacional*, AEQUITAS Editorial Notícias, Lisboa, 1993.

Mac Crorie, Benedita Ferreira da Silva; *A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Almedina, 1955-2005.

Mendes, Victor M; *Direitos Humanos – Declarações e Convenções Internacionais*, 1ª edição, Vislis editores, Lisboa, 2002.

Miranda, Jorge; *Direitos Fundamentais: Introdução Geral – apontamentos das Aulas*, Lisboa, 1999.

Miranda, Jorge; *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 2000.

Miranda, Jorge; *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra editora, 2002.

Queiroz, Cristina M.M; *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra Editora, 2002.

Soares, António Goucha; *A Protecção dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Comunitário*, Coimbra Editora, 2002.

Legislação

Constituição da República de Moçambique, Imprensa nacional, 2004, Maputo

Declaração Universal dos Direitos do homem, aprovada pela Assembleia-geral da ONU, a 10 de Dezembro de 1948.

Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto (Lei do Trabalho)

Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto (Lei da Família)

Resolução n.º 9/88, de 25 de Agosto; Ratifica a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

Resolução n.º 5/91, de 12 de Dezembro; Ratifica o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos.

Sites da internet

<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/160/248>, extraído a 06/02/2010, às 12:05h

<http://www.BuscaLegis.cj.ufsc.br>, extraído a 06/02/2010, às 15:30h

[http://www.google.com.mz- Orientação Sexual vs. Direitos fundamentais](http://www.google.com.mz-Orientação%20Sexual%20vs.%20Direitos%20fundamentais), extraído a 19/02/2010, às 11h

[http://www.hrea.org/orientação sexual e Direitos humanos](http://www.hrea.org/orientação%20sexual%20e%20Direitos%20humanos); extraído a 06/02/2010, 16:37 h

[http://www.google.com.br- JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, A natureza jurídica da relação homo erótica](http://www.google.com.br-JOSÉ%20CARLOS%20TEIXEIRA%20GIORGIS,%20A%20natureza%20jurídica%20da%20relação%20homo%20erótica), extraído a 6 de Fevereiro de 2010, 13:50:38 h

[http://www.google.com.br - MARIA BERENICE DIAS, União homossexual - aspectos sociais e jurídicos](http://www.google.com.br-MARIA%20BERENICE%20DIAS,%20União%20homossexual%20-%20aspectos%20sociais%20e%20jurídicos), extraído 6 de Fevereiro de 2010, 12:56:31h

Outras fontes

Entrevistas pessoais

Bíblia Sagrada

Debate da Nação: O movimento Gay em Moçambique; Terça-feira do dia 11 de Maio de 2010, 22h, STV

Agora Diga: de Quinta-feira do dia 20 de Maio de 2010, 22:40h, Miramar

Tratamento Juridico

na Uniao Homoafectiva

Tonto, Catarina

Introdução

O tema em questão constitui uma realidade no ordenamento jurídico Moçambicano, sendo pertinente e de elevada importância social, familiar e económica.

Apesar da relevância jurídica desta matéria, o legislador moçambicano apenas se pronunciou acerca do assunto na Lei Laboral; da não discriminação em razão da orientação sexual no seu número 1 do art.4, contudo deixando ainda um vazio legal.

As questões que dizem respeito às relações familiares gravitam no âmbito da sexualidade e, apesar de situarem-se mais na esfera privada do que na pública, a sociedade assume o encargo de normalizá-los segundo as regras, comportamentos de determinada época, como o sexo é cheio de perigos, a repressão sexual ocorre por meio de um conjunto de interdições, permissões, normas, valores e regras estabelecidas e culturalmente.

Na cultura ocidental contemporânea considera-se heterossexual postura mais conservadora, ainda se tende a explicar a homossexualidade como uma anomalia dos tempos presentes, objecto da intolerância social, é vista como uma aberração.

Com este trabalho, queremos dar um contributo para a discussão, em Moçambique, da homoafectividade e os seus efeitos patrimoniais, mas queremos, também, mostrar que a divergência radical de opiniões não impede um trabalho produtivo em conjunto, antes pelo contrário.

O tema em questão enquadra-se na cadeira do Direito da Família. Tem relevância jurídica para o direito, visto que a união homoafectiva é um fenómeno social e o direito acompanha o desenvolvimento social.

As relações afectivas entre pessoas do mesmo sexo interessam à ciência jurídica, não só porque daí podem decorrer consequências patrimoniais e previdenciárias etc., mas também porque está ligado a isso o pilar que sustenta o direito: justiça.

A escolha do presente tema está directamente relacionada com a verificação de pessoas do mesmo sexo a co-habitarem e terem relações de carácter familiar e porque é um facto e não pode ser ignorado.

Com este tema pretendemos expor a relevância social e económica, discutindo a união homoafectiva e os efeitos patrimoniais daí resultantes.

O problema fundamental do presente tema reside, essencialmente, no fenómeno de existência de pessoas do mesmo sexo, tanto homens como mulheres a terem

relações afectivas, conseqüentemente, familiares. Igualmente importa determinar que, pelo rompimento da vida em comum, o pedido mais frequente é o da partilha do património amealhado durante o período de convivência.

O presente trabalho analisa a situação da união homoafectivas e os seus efeitos patrimoniais à luz do Direito moçambicano.

O trabalho tem como objectivos:

- Discutir o carácter familiar das relações homoafectivas;
 - Propor uma posição que proteja mais o cidadão e torne os seus direitos assegurados;
 - Proceder à análise crítica quanto ao quadro legal em vigor;
 - Identificar as omissões e lacunas no ordenamento jurídico moçambicano.
-

União homoafectiva

Conceito da homoafectividade

Considera-se a homossexualidade uma relação de afecto existente entre duas pessoas do mesmo sexo. Usa-se o termo homoafectiva para realçar que o aspecto relevante dos relacionamentos não é ordem sexual, é o afecto independentemente do sexo do par.

Deste modo, importa, também, dizer que a relação de afecto entre pessoas de sexo oposto, neste caso um homem e uma mulher, “*as tradicionais*”, são tidas como heterossexual.

Evolução histórica da homoafectividade

Para falar da homoafectividade deve-se ter em conta que a homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade, é uma realidade presente em todas as partes desde os primórdios da humanidade¹, apesar de, na maioria das vezes, não ser admitida. Nenhuma sociedade jamais ignorou a sua presença, acompanha a história humana e, se nunca foi aceite, sempre foi tolerada.

Nas duas grandes civilizações antigas, cujo pensamento definiu a cultura ocidental, a homossexualidade era amplamente aceite, representava o estágio de evolução da sexualidade, das funções definidas para os géneros e para as classes. Fazia parte do tecido social na Grécia Antiga e era também importante no Império Romano².

Na Grécia, o livre exercício da sexualidade fazia parte do quotidiano de deuses, reis e heróis, a bissexualidade estava inserida no contexto social, e a heterossexualidade aparecia como preferência de certo modo inferior e reservada à procriação. Vista como necessidade natural, a homossexualidade restringe-se a ambientes cultos, como manifestação legítima da libido, verdadeiro privilégio dos bem-nascidos, não era considerada uma degradação moral, um acidente ou um vício, todo o indivíduo poderia ser homossexual ora heterossexual, dois termos ora desconhecidos na língua grega.

Nas olimpíadas os atletas competiam nus, exibindo sua beleza física. Era vedada a presença das mulheres nas arenas por não terem capacidade para apreciar o belo, também nas representações teatrais os papéis femininos eram desempenhados por homens travestidos ou mediante o uso de máscaras, por certo, manifestações homossexuais³.

Não só na Grécia, mas também em múltiplas culturas as relações homossexuais eram ritualizadas e bem aceites, dispendo de carácter pedagógico, ditas relações

faziam parte da ética dos prazeres que articulavam a formação dos rapazes com os governos das cidades-estado além de servir de preparação para a vida pública, havia crença de que no período da infância e da puberdade o jovem identificava-se com uma figura materna, fase abandonada pela iniciação homossexual, por meio da qual o menino adquiria identidade e integrava-se à comunidade masculina antes de ser reconhecido como adulto, para se relacionar com o sexo oposto, o jovem devia impulsionar em seu próprio género.

Em Roma a prática homossexual, com o nome de sodomia, não se ocultava, era visto como de procedência natural, ou seja, no mesmo nível das relações entre casais, entre amantes ou de senhor e escravo.

Havia uma diferença fundamental entre gregos e romanos: os homens gregos cotejavam os meninos do seu interesse com agrados, visando persuadi-los a reconhecer sua honra e suas boas intenções, entre romanos o amor por um menino livre era proibido, uma vez que a sexualidade desse povo estava intimamente ligada à dominação, assim era-lhes permitido apenas o amor por jovens escravos.

Na idade média a homossexualidade estava mais presente nos mosteiros e nos acampamentos militares, mesmo assim – curiosamente era a igreja, por meio da Santa Inquisição, a maior perseguidora dos homossexuais – esta foi a época mais severa penalização à prática homossexual, havia um sentimento crescente na igreja de que a sodomia era o maior dos crimes, pior até que o incesto entre mãe e filho, o III Concílio de Latrão, de 1179, tornou a homossexualidade em crime, o primeiro código ocidental prescreveu a pena de morte à sua prática. As legislações dos séculos XII e XIII penalizavam a sodomia, sendo que inexistia o termo homossexualismo.

Também foi na idade média que se sacralizou a união heterossexual, o casamento, sem nada perder do seu viés patrimonial, foi transformando em sacramento, somente uniões devidamente abençoadas pela igreja eram válidas, firmes e indissolúveis.

Desde o século passado, nos meados da década de 60 e início dos anos 70, houve o aumento da visibilidade de diversas formas de expressão da sexualidade, o movimento de libertação desfraldou suas bandeiras, buscando mudar a conceituação tanto social como individual, das relações homoafectivas⁴.

O uso da expressão *gay*, que sugere alegre, colorido, popularizou-se, conferindo mais visibilidade e legitimidade tanto aos homossexuais masculinos como femininos, o termo também trouxe uma referência à sexualidade como uma propriedade ou qualidade individual, a prática sexual torna-se livre ao mesmo

tempo em que *gay* é algo que se pode ser e descobrir-se ser. A sexualidade abre-se a muitos propósitos. Nos EUA, foi adoptado um lema, to get out of the closet, que significa “*saindo do armário*”, para incentivar os homossexuais a não se ocultarem e virem ao público com crescente transparência clamando os direitos à vida e exigindo respeito aos seus sentimentos.

Em 28 de Junho de 1969, no Greenwich Village, na cidade de Nova Iorque, eclodia uma rebelião de travestis denominada “*Motim de Stonewall*”. Durante uma semana houve protestos e brigas de homossexuais com a polícia, que culminou com a institucionalização dessa data como o “*dia do orgulho gay*”, o projecto de lei 379, de 2003 busca instituir o dia 28 de Junho como dia nacional de orgulho *gay* e da consciência homossexual.

Homoafectivos na medicina e na sociologia

Homoafectivos na medicina

Na idade média, em face da influência religiosa, a medicina considerava o homossexualismo uma doença, enfermidade que acarretava a diminuição das faculdades mentais mal contagiosas decorrente de defeito genético.

Durante anos a medicina pesquisa o sistema nervoso central, os hormónios, o funcionamento do aparelho genital, e nada encontrou de diferente entre homossexual e heterossexual, tentou mudar o comportamento humano tido como desviante, usando os mais diversos métodos, mas todos os resultados foram nulos.

A classificação internacional de doenças – CID, que existe há pouco mais de um século, identificava o homossexualismo como um desvio ou transtorno sexual, em 1974 sob pressão dos movimentos de *gay* e *lésbicas* a American Psychiatric Association – APA, após o referendo, retirou a homossexualidade da lista de doenças mentais, inserção que era amplamente criticada, sob o fundamento de ser mais reflexo das realidades políticas e sociais de que da realidade psicológica⁵.

Abandonada a ideia de ver a homossexualidade como doença, passou a ser encarada como uma forma de ser deferente da maioria, diferenciando-se apenas no relacionamento amoroso e sexual. Mas só em 1993 a OMS – Organização Mundial da Saúde inseriu no capítulo de sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais. O sufixo “*ismo*”, que significa doença, foi substituído pelo sufixo “*dade*” que significa modo de ser, assim depois de quase 20 anos a homossexualidade deixa de ser doença.

A busca da origem genética das manifestações patológicas e comportamentais é um dos ramos mais produtivos da actual pesquisa científica. Portanto, os

cientistas não desistem da tentativa de identificar o gene que actua no desenvolvimento da homossexualidade, a procura é de causa genética com características biológicas hereditárias.

Uma recente pesquisa sueca realizada com mais 90 pessoas demonstrou que o cérebro dos *gays* é fisicamente parecido com o de mulheres heterossexuais, enquanto o de *lésbicas* assemelha-se ao de homem heterossexuais⁶. O estudo sugere que factores biológicos são capazes de influenciar a orientação sexual, como a exposição à testosterona cerebral.

Na avaliação do pesquisador Qazi Raham não há mais dúvidas de que as diferenças celebrais são delineadas nos primeiros estágios de desenvolvimento fetal, e conclui que não há mais argumentos, “*se você é gay, é porque você nasceu gay*”.

Homoafectivos na sociologia

A sociologia coloca o homoafectividade como um fruto de meio, ou seja, a sociedade interfere directamente tanto na criação de homossexuais como de heterossexuais. As experiências que dia-a-dia impõe ao indivíduo moldam sua personalidade, chegando-se à conclusão de que se um indivíduo desenvolve sua sexualidade de forma satisfatória no homossexualismo, se torna muito difícil para este mudar⁷.

Teorias internacionalistas do desvio e divergência e da rotulagem (labelling theory) e estigma, estudadas por sociólogos como Howard Becker, Erving Goffman e Gilberto Velho, permanecem interessantes para pensar como esse tipo de fenómeno social (homoafectividade) é ainda frequente em uma sociedade onde a diversidade (cultural, social, sexual) é positivada cada vez mais através de acções afirmativas e inclusivas, muitas vez por iniciativa do Estado, principalmente voltadas para o campo da educação e do trabalho.

A situação Moçambicana ainda reforça o que foi dito pelo sociólogo norte-americano Louis Wirth, em 1946: “*O status de minoria carrega consigo a exclusão de participação completa na vida da minoria*”. Covering ou disfarce. Contudo, o advento dos direitos civis no país trouxe avanços. Exemplo: o acesso ao mercado de trabalho não pode ser negado a um homem *gay* ou a uma mulher *lésbicas* devido à sua orientação sexual, como prevê o número 1 do art. 4 da LT.

Direitos sexuais e direitos humanos

A declaração universal dos direitos humanos é um sinal, entre outros, dos progressos e da emergência duma civilização, onde cada um irá tentar criar o seu próprio destino recriando o mundo. Os direitos do ser humano não são

direitos adquiridos, mas direitos conquistados, não se inscrevem em nenhuma forma contratual e não implicam em nenhum dever⁸.

É indispensável reconhecer que a sexualidade integra a própria condição humana, segundo a Prof. Maria Berenice Dias, ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente e a sua sexualidade com quem desejar, conceito que compreende a livre orientação sexual.

Visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é imperioso reconhecer que a sexualidade é um direito⁹, de primeira geração.

A liberdade compreende o direito à liberdade sexual aliado ao direito de tratamento igualitário, independentemente da tendência sexual. Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do primeiro grupo é inalienável e imprescritível.

Também não se pode deixar de considerar a livre orientação sexual como um direito de segunda geração, que consagra a igualdade¹⁰.

O direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração que compreende os direitos decorrentes da natureza humana, tomados não individualmente mas genericamente, solidariamente. E ainda abrange todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade.

É um direito de todos e de cada um, ser garantido a cada um, a cada indivíduo, por todos os indivíduos.

Deste modo, a garantia do livre exercício da sexualidade integra as três gerações de direito porque está relacionado com os postulados fundamentais da liberdade individual, da igualdade social e da solidariedade humana.

A segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada¹¹ é a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como o direito de personalidade, atribuído à pessoa humana.

O direito à livre orientação sexual, como garantia do exercício da liberdade individual, identifica-se tanto como liberdade de expressão¹², como entre os direitos de personalidade em que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, como estipula o número um do art.70 CC.

A questão à luz do Direito Comparado

Alguns países europeus já admitem as uniões homoafectivas. E intenso é o empenho do parlamento europeu para a criação da lei para possibilitar o casamento homossexual na União Europeia, No parlamento moçambicano nada se fala sobre a possibilidade de criação de uma lei para efectivar-se o casamento homossexual. Neste capítulo, mostramos as diferentes formas que são tratadas as uniões afectivas, uns preferem chamar de casamento, outros de união civil, de pacto de solidariedade, de razão de ordem económica, social, política, cultural, como iremos ver mais adiante.

Casamento

A Holanda foi o primeiro país a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em 01.04-2001, entrou em vigor a lei que permite o casamento de pessoas do mesmo sexo, com iguais direitos e deveres, e idênticas consequências jurídicas do casamento heterossexual. A nova lei transformou as uniões civis já existentes em casamento.

A Bélgica, em 01.02.2003, foi o segundo país a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

África do Sul, em Novembro de 2006 foi legalizado o casamento entre pessoas do mesmo sexo, depois de aprovado o decreto-lei pelo parlamento, foi assinado pelo vice-presidente e publicado no diário da república.

A lei das uniões civis, que provocou uma onda de insatisfação nos sectores religiosos mais conservadores, confere aos casais do mesmo sexo os mesmos direitos reconhecidos aos casais heterossexuais.

Depois de aprovada no parlamento com votos a favor do congresso nacional africano [que detém uma maioria próxima de 80 por cento], a lei baixou ao conselho nacional das províncias, a chamada câmara baixa, onde foi igualmente aprovada com pequenas alterações em pontos que ameaçavam a sua constitucionalidade.

África do Sul foi o primeiro país do continente africano a legalizar a união entre pessoas do mesmo sexo. A lei foi aprovada com 230 votos, 41 contra, 3 abstenções, após um debate aceso e polémico sobre a legislação relativa à união civil.

A nova legislação, que autoriza a oficialização das uniões entre pessoas do mesmo sexo pelo casamento ou união civil, foi contestada pelas organizações religiosas e tradicionais.

Apesar da contestação, o governo sul-africano considera que a nova legislação

faz parte do seu compromisso de combater toda a forma a discriminação contra homossexuais em matéria de matrimónio “*rompendo com nosso passado, necessitando de lutar e resistir a todas as formas de discriminação e preconceito, incluindo a homofobia*”, afirma a ministra do interior sul-africano, Nosiviwe-Mapisa-Nqakula, antes da votação da lei.

A alteração legislativa começou a ganhar forma depois de o tribunal constitucional do país ter considerado inconstitucional a anterior lei do casamento, baseado na união entre um homem e uma mulher, por ser contrária ao preceito constitucional que garante os mesmos direitos para todos os cidadãos.

A África do Sul é o sexto país a autorizar casamento homoafectivo, depois do Reino Unido, Holanda, Bélgica, Espanha e Canada.

Brasil, Superior Tribunal Federal que legaliza o casamento homoafectivo.

A decisão cria um precedente nacional, permitindo que pessoas do mesmo sexo possam casar-se juridicamente, tendo a sua união estável reconhecida pela justiça, levando a garantia de direitos comuns a casais heterossexuais, ou seja, direitos de herança, pensão, comunhão de bens, etc.

No dia 5 de Maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento da ADIn (Acção Direita de Inconstitucionalidade) nº 4277 e da ADPF (Arguição de descumprimento de preceito fundamental) nº 132 reconheceu, por unanimidade, a união estável entre pessoas do mesmo sexo em todo o território nacional. A decisão do Supremo Tribunal Federal consagrou uma interpretação mais ampla ao artigo 226, §3º da Constituição Federal (“*Para efeito da protecção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*”), de modo a abranger no conceito de entidade familiar, também, as uniões entre pessoas do mesmo sexo¹³.

O Canadá, por meio da lei C-38, de 19.07.2005, acolheu o casamento entre homossexuais concedendo-lhes os mesmos direitos deferidos ao casamento heterossexual, inclusive a possibilidade de adoptar.

União civil e pacto de solidariedade

União civil

A Dinamarca, em Junho de 1981, foi o primeiro país a reconhecer a homossexualidade, permitindo aos casais homossexuais o registo, inclusive a troca do nome.

A união civil existia na Holanda desde o ano de 1998, conferindo direito à saúde,

à educação e aos benefícios trabalhistas iguais aos heterossexuais, a partir de 2001, tornou-se possível o casamento como vimos anteriormente.

Em Agosto de 1993, foi a vez da Noruega permitir o registo civil das uniões homoafectivas, assegurando direitos quase iguais aos diferentes casais homossexuais.

Na Suécia, a legalização veio em 1994, permitindo aos casais homossexuais os mesmos direitos garantidos aos heterossexuais, é facultado o uso do sobrenome do parceiro.

Na Inglaterra, a partir de Setembro de 2001, existe o registo de parceria de casais homossexuais mas sem conceder os mesmos direitos legais de casamento.

O Parlamento Português aprovou em 15-03-2001, o decreto 56/VIII, adoptando medidas de protecção as uniões de facto. A lei regula situações jurídicas de duas pessoas independentemente do sexo, que vivem em união de facto há mais de dois anos, são assegurados direitos previdenciais e sucessórios, bem como direito real de habitação ao membro sobrevivente pelo prazo de cinco anos.

A união dissolve-se pela morte, pela vontade de um dos seus membros ou pelo casamento de um deles.

No entanto, o direito à adopção só é conferido a pessoas de sexo diferente.

Em Moçambique, é constrangedor o silêncio, portanto há diversas tentativas. Há cerca de quatro anos foi depositado no estatuto jurídico da Associação Moçambicana para Defesa das Minorias Sexuais, no Ministério da Justiça, para o encaminhar à Assembleia da República de Moçambique. Até à data da defesa desta monografia não houve resposta.

Pacto de solidariedade

Importa falar do pacto de solidariedade no presente trabalho, na medida em que se os unidos homoafectivamente procedessem com um contrato da sua união, em caso de algum tipo de ameaça estariam com os seus direitos assegurados.

No entanto, existem diversos países que optaram por ir pela via do pacto de solidariedade em vez da união civil ou casamento.

Temos o caso da FRANÇA que no dia 13.10.1995, mediante alteração do código civil, foi criado o pacto civil de solidariedade – PACS, autorizando duas pessoas do mesmo sexo a firmarem contrato para organizar suas vidas em comum, trata-se da declaração de carácter patrimonial, cujo registo marca o início da sua vigência.

O contrato é oponível a terceiros, gerando obrigações solidárias dos contratantes.

O acordo que pode ser alterado consensualmente a qualquer tempo cria obrigações de auxílio mútuo, a ser livremente regulamentado entre partes.

A dissolução consensual é feita por declaração conjunta ao cartório do registo ou unilateralmente, mediante comunicação ao outro e ao cartório, passando a vigorar após o decurso do prazo de três meses.

O casamento de um dos parceiros põe fim ao ajuste, bastando haver a comunicação acompanhada de certidão de casamento.

Ocorrida a morte de um, o sobrevivente ou qualquer interessado pode comunicar o facto ao cartório.

União homoafectiva no ordenamento jurídico moçambicano

No ordenamento jurídico moçambicano a questão da homoafectividade faz parte do silêncio.

Conforme prevê o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na carta, os povos das Nações Unidas proclamam de novo a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e declaram-se resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla, os Estados membros, assim como Moçambique, comprometeram-se a promover estes mesmos direitos, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Portanto, a livre composição da identidade sexual é um Direito Natural, a Declaração dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU em 1948, consagra pela maioria dos seus arts, o direito à livre orientação sexual e à protecção dos direitos humanos de todos, sem qualquer discriminação. Este é um assunto que em Moçambique deveria ser tratado na Lei da Família. Nada se encontra acerca do assunto, contudo o legislador tratou do assunto na Lei do Trabalho ao consagrar a proibição da discriminação em razão da orientação sexual no posto de trabalho, nos termos do n. 1 do art.4.

Omissão legal

A omissão acaba por consagrar severa violação ao direito à livre orientação sexual que é um direito humano, que não admite restrições de qualquer ordem.

O não reconhecimento legal dessas uniões e a falta de atribuição de direitos constituem uma das formas em que a opressão pode-se revelar. Portanto, é importante o pronunciamento legislativo, uma vez que preenche o espaço da definição de valores criados pelos seres humanos, além de vincular o julgador aquando do exame de casos concretos ou então seria o caso que a lei não preveja que são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos¹⁴, teria aí a oportunidade de que para efeitos patrimoniais à união de facto aplica-se o regime da comunhão de adquiridos, desde modo usando-se esta norma por analogia para os casos da união homoafectiva.

Como defende Luís Edson Fachin, a heterossexualidade não é a única opção de vida que existe. Assim, não assegura garantias nem outorga direitos. As uniões de pessoas com a mesma orientação sexual infringem o princípio da igualdade, escancarando postura discriminatória ao livre exercício da sexualidade.

As uniões afectivas entre pessoas do mesmo sexo existem e continuaram a existir, independentemente do reconhecimento positivo do governo.

E se o direito mantém-se indiferente, de tal atitude emergira indesejada situação de insegurança. Mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor como afirma a Prof. Maria Berenice Dias.

Na medida em que o reconhecimento íntimo entre pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos jurídicos relevantes, é mais razoável que se faça uma abordagem jurídica e técnica da questão e não somente uma análise moral, porque esta última, além de ser excessivamente subjectiva, concluirá pela negativa de qualquer efeito útil¹⁵, em vez de uma análise justa.

Nos termos do número 1 do art.202 LF, a união de facto é a ligação singular existente entre um homem e uma mulher com carácter estável e duradouro, que sendo legalmente aptos para contrair casamento não tenham celebrado, isso no entanto não quer dizer que a união homoafectiva não mereça especial protecção do Estado, simplesmente com relação a ela, não é feita a inútil recomendação de se facilitar a sua protecção, segurança ou até mesmo consagração.

Constituição da República de Moçambique

O conceito de família não pode ser entendido como ordenado de imobilidade, como ocorre com os demais fenómenos sociais, a família submete-se a um processo de evolução e transmissão. Nele intervindo tanto os factores biológicos como os factores de natureza económica e de natureza social, pode dizer-se que é uma imposição de tendências inerentes ao próprio homem geradoras de laços de ordem moral que constituem a sua própria base e fundamentos.

*“A família é uma instituição da natureza, nasce espontaneamente, logo que há homem, não espera para aparecer, que o Estado lhe designe um estatuto jurídico. Na maior parte das sociedades, a família existe sem a intervenção do Estado e é regida por costumes tradicionais.”*¹⁶

Aliás, histórica e ontologicamente, a família é anterior ao Estado, sendo até o primeiro agregado que se constituiu em primeira forma do exercício do poder, na concepção romanista da família que é caracterizada pela obediência ao “*pater*”, à medida que se foram desenvolvendo as sociedades. As suas funções tornaram-se cada vez mais complexas, exigindo a participação de uma outra entidade superior que nos nossos dias se chama ESTADO.

No direito da família predominam normas imperativas, ou seja, normas não derogáveis pelas partes, com vista a garantir a firmeza da disciplina das relações familiares ou acessoriamente familiares. Algumas normas imperativas do direito da família integram conceitos, fórmulas indeterminadas e bastante vagas, de difícil interpretação e aplicação, dão uma larga liberdade aos infractores porque são desprovidas de eficácia, na verdade o Estado, através da lei, não pode obrigar um homem a amar a sua esposa, a coabitar com a esposa, a não manter relações íntimas com uma outra mulher, não pode proibir que pessoas do mesmo sexo tenham relações amorosas ou afectivas.

A Constituição da República é clara na proibição de todo e qualquer tipo de discriminação conforme o art. 35 da mesma, embora não esteja na letra da lei o termo “*orientação sexual*” esta encontra-se abrangida no âmbito da norma.

Trata-se de uma norma que defende a igualdade de todos os cidadãos perante a lei e que obriga o Estado a legislar no sentido de garantir essa mesma igualdade.

No entanto, os homossexuais vivem num contexto de exclusão social, estigma e discriminação.

O facto é que duas pessoas a terem vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em verdadeiro convívio estável, caracterizado pelo amor e pelo respeito, com objectivo de construir um lar, esse vínculo, independentemente do sexo do casal, gera direitos e obrigações que não podem ficar na margem da lei.

Na tentativa de exercitar certo controlo social, a tendência ainda é emprestar juridicidade somente as relações heterossexuais. Mas a inexistência de legislação que contemple as uniões de pessoas do mesmo sexo não impede a busca de tutela jurídica.

O direito da família não pode distanciar-se da directriz constitucional que impõe estrita obediência aos valores eleitos pela ordem jurídica, e o mais precioso

princípio consagrado na constituição que é o da dignidade da pessoa humana¹⁷, trata-se de um direito fundamental que se coloca nos princípios da liberdade, além de servir de mola propulsora à intangibilidade da vida humana, à integridade física e psíquica.

Não há outro motivo para ter sido assegurado especial protecção do Estado ao núcleo familiar, visto que a família é o elemento fundamental e a base de toda a sociedade.

Lei da Família

A lei 10/2004, de 24 de Agosto, aprova a Lei da Família, no seu art. 202 reconhece a união de facto entre um homem e uma mulher definindo “*a união de facto é a ligação singular existente entre um homem e uma mulher, com carácter estável e duradouro, que sendo legalmente aptos para contrair casamento não tenham celebrado*” erguendo-se assim um quadro legal de protecção do Estado a esta entidade familiar.

Através da Lei da Família, apenas se legitimou uma prática social aceitável, ou seja, a existência de uniões livres de duração compatível com a estabilidade das relações afectivas, portanto a união de facto assume relevância jurídica para efeitos de filiação, adopção, divisão de bens e alimentos em caso de morte de um dos companheiros.

No entanto, a lei não consagra para a união de facto, obrigatoriedade do registo, tal como acontece em relação aos casamentos civil, tradicional e religioso, e nem sequer ela constitui impedimento matrimonial.

Pergunta-se se o ordenamento jurídico moçambicano admite este tipo de relação, “*união homoafectiva*”, e se está vertido no número 1 do art.202 da LF uma inconstitucionalidade, tendo em conta a consagração legal do princípio da igualdade em razão da orientação sexual que está estabelecido no art.35 da CRM.

Em Moçambique, o nosso legislador não adoptou medidas protectoras de uniões homoafectivas, como se pode depreender deste pressuposto “*ligação singular entre um homem e uma mulher*” consagrado na primeira parte do número 1 do art. 202 da LF, e nem poderia proteger tais relações porque são contrárias à ordem pública e interna e ofensivas dos bons costumes tal como preceitua o art. 281 CC. E neste sentido o Prof. Machado Batista diz que todo o Estado tem interesse na conservação da harmonia interna e na manutenção da pureza das concepções basilares em impedir a miscigenação e com concepção fundamentalmente heterogénea¹⁸.

Condenar a homossexualidade contradiz o princípio bíblico de amor ao próximo.

A não ser que este próximo, imagem e semelhança de Deus, seja apenas o heterossexual, o único dignificado. Se Deus é amor, em qualquer relação que esse sentimento estiver presente, por ele será legitimado.

Os efeitos patrimoniais

O casamento, união de facto, coloca respectivos contraentes numa situação duradoura da qual emerge duas categorias de efeitos: efeitos de natureza pessoal e efeitos de natureza patrimonial.

A matéria dos efeitos de natureza pessoal do casamento da união rege-se pelo princípio da igualdade dos cônjuges espelhado no art. 36 da CRM que dispõe o seguinte:

“O homem e a mulher são iguais perante a lei em todos os domínios da vida política, económica, social e cultural “

Só que os efeitos de natureza pessoal são regulados de forma imperativa não podendo ser alterado ou substituído por qualquer cônjuge.

No que diz respeito ao efeito patrimonial, estabelece o número 3 do art. 203 da LF que a união de facto aplica-se ao regime da comunhão de adquiridos, regime que permite, ao lado dos bens próprios de cada um dos cônjuges haver ou poder haver bens comuns, que aqueles fazem seus na vigência do casamento, quer dizer que os membros da união de facto participam no património comum por metade no activo e no passivo, sendo nula qualquer estipulação em contrário, com prevê o art. 150 da LF.

Finda a união, pelo rompimento da vida em comum, o pedido mais frequente que vem ao juízo é o da partilha do património amealhado durante o período da convivência.

Em diferentes ordenamentos jurídicos as acções são nominadas de diversas formas: dissolução de união estável, dissolução de sociedade de facto, declaratório de união homossexual entre duas pessoas, mas o fundamento é um só, a existência de relação homoafectiva e a busca dos direitos daí decorrentes.

No dilema entre enorme injustiça e o preconceito, a tendência sempre foi de máximo, preceder à divisão proporcional do património adquirido durante o período da vida em comum.

A analogia levada ao efeito, além de equivocada é discriminatória. Na ausência de legislação que regulamente as uniões homoafectivas devia-se socorrer-se das normas que tratam da união de facto, casamento, etc.

O deferimento da divisão de bens, este condicionado à contribuição financeira

de cada um dos conviventes e não ao reconhecimento do estado condominial, esse é o motivo que leva à exigência da prova da mútua colaboração na formação do património.

A ruptura da possibilidade de enriquecimento injustificado é que leva à identificação do aporte económico de cada parceiro para a aquisição dos bens, a fim de se estabelecer sua proporcional participação.

Em relação à união homoafectiva, em Moçambique houve um caso em 2006, em que o casal homoafectivo queria a partilha do bem, portanto o tribunal julgou o caso à luz do direito civil como se de gestor de negócio. Será que esta foi a melhor forma de se tratar o caso, mas devido à falta de legislação, o julgador, sem ter onde recorrer, achou conveniente tratar o caso dessa forma, isso para mostrar que já está mais do que na hora de se pensar num instrumento legal para regular esse fenómeno que é uma realidade.

Associação Moçambicana para Defesa das Minorias Sexuais - LAMBDA

Importa analisar o contexto e conteúdo da LAMBDA, sendo esta uma associação, onde os homoafectivos têm um lugar para se socorrerem.

O direito à livre orientação sexual é um direito humano, todo o ser humano deve e é livre de expressar a sua orientação sexual ou sentimento para com outro humano, desde que sejam respeitados os direitos individuais e o limite da idade prescrita na lei para o início da actividade sexual, em outras palavras, o que acontece entre dois adultos e em mútuo consentimento deve ser respeitado pela lei e pela sociedade.

A Constituição da República de Moçambique é clara na proibição de todo e qualquer tipo de discriminação conforme o art. 35 da mesma, embora não esteja na letra da lei o termo “*orientação sexual*” esta encontra-se abrangida no âmbito da norma.

Trata-se de uma norma que defende a igualdade de todos os cidadãos perante a lei que obriga o Estado a legislar no sentido de garantir essa mesma igualdade. No entanto, os homossexuais em Moçambique vivem num contexto de exclusão social, estigma e discriminação.

Os direitos da LGBTI não fazem parte de nenhuma agenda política, sendo que, de ponto de vista dos direitos humanos, é a obrigação do Estado promover e garanti-los.

Todavia, vozes há que questionam a relevância destes direitos para a sociedade moçambicana que está preocupada com questões como a pobreza, HIV, etc., curiosamente, tais questionamentos não são aplicados às outras minorias tais

como, portadores de deficiência, grupos étnicos, religiosos, e outros que têm recebido larga atenção nas diferentes agendas políticas. Não se trata de defender o direito dos homossexuais, mas, sim, de defender os direitos da pessoa humana, do cidadão moçambicano em particular.

Foi neste contexto social que levou a um grupo de cidadão homossexuais em 2006 a uma reflexão e mobilização de forma a transformarem a realidade em que viviam, que culminou com a LAMBDA, Associação Moçambicana para Defesa das Minorias Sexuais.

Conclusão

A pesquisa do tema “*união homoafectiva*” foi deveras interessante e enriquecedor, tendo em vista que o tema é bastante polémico e carregado de preconceitos. Preconceitos estes que muitos de nós temos algum receio e que agora, após todos esse levantamento, pesquisas, produziu-se o entendimento muito mais racional e equilibrado do tema.

A homossexualidade não é uma opção, mas uma condição biopsicosocial e cultural, portanto um facto da vida que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afectar a vida de terceiro.

Na cultura ocidental contemporânea, a homossexualidade tem sido até então a marca de um estigma.

A lei só será alterada com a mudança da sociedade, ou seja, quando a sociedade aceitar, sem preconceito, essa nova estrutura familiar, quando a sociedade conseguir derrubar o muro de preconceito e de discriminação, quando a sociedade apreender a respeitar e a conviver com as diferenças.

A discriminação e o preconceito de que são alvo os homossexuais dão origem a uma categoria social digna de protecção.

Contudo, na base de todo o facto social existe um interesse merecedor de tutela, interesse que não depende da orientação dos seus titulares. Em democracia, todos têm direito à vida, à liberdade e protecção, e o Estado tem o dever de garantir o respeito à dignidade, à integridade física e à propriedade de cada um dos seus cidadãos.

Mas, enquanto por injustificável omissão do legislador, não forem disciplinadas as novas estruturas familiares que florescem independentemente da identificação do sexo do par, ninguém – muito menos os operadores do direito – pode fechar os olhos a essa realidade. Em nome de uma moral conservadora deixa-se de atribuir efeitos jurídicos às relações que muito mais que sociedade de facto constituem sociedade de afecto, revela-se atitude preconceituosa e discriminatória indigna de quem se faz juiz.

Acreditamos, sem dúvida alguma, que após as exposições escritas e orais que serão feitas na defesa deste tema, – não só a autora do trabalho, mas todos nós – teremos outra visão sobre um tema tão sério, tão importante na nossa sociedade.

Recomendações

Estamos cientes que não podemos esgotar o tema em análise num único trabalho de fim de curso, visto que o mesmo tema, devido à sua pertinência, suscita questões e abordagens outras que podem concorrer para o seu enriquecimento, por conseguinte dos vários subsídios possíveis recomendamos:

A união homoafectiva, sendo geradora de direitos e obrigações, como qualquer uma das outras formas de união mencionada na Lei da Família, deveria constar desse elenco da lei, achamos que a nível de direito a construir deverá ter-se em conta este facto;

Que as uniões homoafectivas tenham um instrumento legal para o seu reconhecimento;

Que o legislador fique consciente que a homoafectividade é uma realidade, deve ser encarada e deixe de ser um tabu.

Embora a Lei da Família não reconheça legalmente a união homoafectiva, os unidos homoafectivamente possuem plenos direitos. A Lei da Família consagra, no seu artigo 202 e 203, a figura jurídica da união de facto, que se devia usar por analogia para casos de união homoafectivas.

Notas

1. DIAS, Maria Berenice, *união homoafectiva*, 2009, 4ª edição, editora revista dos tribunais, pag.34
 2. Em Roma a homossexualidade ocupava um lugar na estrutura social como ritual sagrado.
 3. Dias, Maria Berenice, *Op.cit*, pag. 35
 4. Dias, Maria Berenice, *união homoafetiva*, *Op.cit*, pag 43.
 5. Robert, H, Hopcke, *Junguianos e homossexualidade*, pag 114
 6. Dias, Maria Berenice, *união homoafetiva*, *Op.cit*, pag 54
 7. <http://www.portolegal.com/uniaoefacto.com/2012.04.17./sintese-de-trabalho-cientifico/16h>
 8. Vaneigem, Raoul, *Declaração Universal dos Direitos do ser humano*, edições antigonona, 1ª edição, Portugal, 2003.
 9. É um direito natural que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre da sua própria natureza.
 10. Dias, Maria Berenice, *união homoafetiva*, *op.cit* pag 99
 11. *Vide* art. 80CC
 12. *Vide* art.48 CRM
 13. Brito, Miguel Nogueira; Pedro, Murias, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo, entrelinhas*, lisboa, 2008, pag 95.
 14. *Vide* número 1 do art. 10 CC
 15. Cogo, Gilberto, *Homossexualidade e direitos sexuais*, editora sulina, 1990, pag.113
 16. Torres, António Maria Pinheiro, *em defesa dos direitos da família*, Lisboa, 1999, pag. 53
 17. *Vide* o número 3 do art.119 da CRM.
 18. Machado, Batista, *Direito Internacional Privado*, Alamedina, 3ª edição Coimbra, 1999, pag. 255.
-

Bibliografia

Doutrina

ABUDO, José Ibraimo, Direito da família, Maputo, 2005;

BRITO, Miguel Nogueira de; MURIAS, Pedro; casamento entre pessoas do mesmo sexo, entrelinhas, Lisboa, 2008;

CORNWALL, Andreia Jolly, questões de sexualidade ensaios transculturais, rio de Janeiro, Abia, 2008;

DIAS, Maria Berenice, União Homoafetiva, 4ª edição, editora revista dos tribunais, 2009;

ERIBON, Didier; reflexões sobre a questão *gay*, companhia de Freud, rio de Janeiro, 2008;

HEILBORN, Maria Luísa, ser ou estar homossexual: dilema de construção de identidade social, in parker, richad e Barbosa, Regina sexualidade brasileira, rio de Janeiro, volume domará, 1996;

LOURO, G. L. Lorg, o corpo educado, Belo Horizonte, Autêntica, 1999;

MACHADO, Batista, Direito Internacional Privado, Almedina, 3 Edição Coimbra, 1999;

RIOS, Roger Roupp; Golin, Célio e Leivas, Paulo Gilberto Cogo, Homossexualidade e Direitos Sexuais, Editora Sulina, 1990;

TORRES, António Maria Pinheiro, Em Defesa da Família, Lisboa, 1999;

VANEIGEM, Raoul, Declaração Universal dos Direitos do Ser Humano, 1 edição, Portugal, 2003.

Legislação nacional

Constituição da República de Moçambique de 2004;

Código Civil;

Lei da Família, aprovada pela lei número 10/2004, de 25 de Agosto, publicada no Boletim da República, I serie, número 34, de 25 de Agosto.

Legislação supranacional

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Sites da internet

<http://www.portolegal.com/uniaofacto.com/2012.04.17./sintese-de-trabalho-cientifico/16h>.

[http:// jus 2. Vol. Com. Br/ doutrina/ Lisboa.asp-57./2012.05.30./08;37H](http://jus2.Vol.Com.Br/doutrina/Lisboa.asp-57./2012.05.30./08;37H)

Inconstitucionalidade da Proibição do Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo

Canuma, Egidio

Introdução

O tema do presente trabalho enquadra-se, principalmente, no Direito da Família regulado em Moçambique, de forma especial, pela Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto (Lei da Família), e o que pretendemos discutir tem a ver com a constitucionalidade da solução adoptada pela referida lei em relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. A Constituição da República de 2004 estabelece, de forma expressa no art. 35, o princípio da igualdade entre os cidadãos. Porém, a Lei da Família define no art. 7 o casamento como “*a união voluntária e singular entre um homem e uma mulher, com o propósito de constituir família, mediante comunhão plena de vida*” e a alínea e) do art. 53, também da Lei da Família, proíbe o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, considerando o mesmo inexistente no ordenamento jurídico moçambicano. Ora, será que o sacrossanto princípio da igualdade entre os cidadãos permite que se proíba pessoas de casar pelo facto de terem o mesmo sexo? É a esta e outras perguntas que este trabalho, subordinado ao tema “Inconstitucionalidade da Proibição do Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo”, pretende responder.

São, principalmente, duas as razões que para nós justificam e motivam a escolha deste tema. A primeira consiste na sua actualidade, decorrente da contemporaneidade da situação da qual emerge a questão que, no âmbito do tema, se pretende discutir, uma vez que a Lei da Família se encontra em vigor, apesar das dúvidas sobre a constitucionalidade dos seus arts. 7 e 53, alínea e). A segunda razão consiste na constatação de que os homossexuais constituem um grupo social que, apesar de minoritário, carece de uma protecção jurídica específica. Portanto, há necessidade de se proceder a um tratamento jurídico da situação das pessoas homossexuais, uma vez que fazem parte da nossa sociedade.

Com o desenvolvimento deste tema, o nosso desiderato é, de um modo geral, demonstrar a inconstitucionalidade da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento jurídico moçambicano. De um modo específico, o nosso objectivo é discutir o princípio constitucional da igualdade dos cidadãos face à interdição, pela Lei da Família, do casamento entre pessoas do mesmo sexo, demonstrar a inconstitucionalidade do conceito legal e do regime de inexistência jurídica do casamento perante o princípio da igualdade dos cidadãos, propor a reformulação do conceito legal de casamento estabelecido no art. 7 da Lei da Família, com vista a adequá-lo ao princípio da igualdade e a revogação total da alínea e) do art. 53 do mesmo diploma legal.

Este trabalho reflecte uma investigação do tipo jurídico-compreensiva que parte da decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos juridicamente relevantes. Na realização desta pesquisa, recorreremos, predominantemente, à técnica da pesquisa bibliográfica em livros, artigos doutrinários,

e repertório jurisprudencial, nacional e estrangeiro, sobre matérias concernentes ao tema em apreço.

Para melhor expor o tema que nos propusemos a analisar, dividimos o trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo abordamos o casamento de um modo geral, analisando a sua noção legal estabelecida na Lei da Família, o direito de constituir família, o direito de casar e os fins do casamento. No segundo capítulo, ocupamo-nos com o princípio da universalidade e da igualdade, procedendo à análise, primeiro, do princípio da universalidade separado do da igualdade e, depois, do princípio da igualdade nas suas dimensões formal e material, relacionando-o com a orientação sexual como factor inadmissível de desigualdade entre as pessoas.

No terceiro capítulo, tratamos da inconstitucionalidade da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Aqui, começamos por apresentar os argumentos contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo e terminamos apresentando os argumentos a favor do casamento homossexual em Moçambique, com os quais nos identificamos. Finalmente, na conclusão, onde evidenciamos os aspectos mais importantes do trabalho, apresentamos as ilações que tirámos da realização deste estudo e terminamos recomendando algumas mudanças na Lei da Família.

Ao longo do trabalho, podem ser identificados dois momentos. Um primeiro momento em que nos apoiamos no método dedutivo, para analisar o problema do casamento entre pessoas do mesmo sexo à luz de uma compreensão geral heterossexista da instituição do casamento na sociedade. E um segundo momento, em que usamos o método indutivo para demonstrar a incompatibilidade do regime proibitivo do casamento entre pessoas do mesmo sexo e a evolução da sociedade decorrente da evolução da ciência no campo da sexualidade.

Abordar o tema do casamento entre pessoas do mesmo sexo é tarefa árdua, pois toca no âmago dos fundamentos do casamento como instituição jurídico-social, o que pode levantar reacções extremas tanto de repúdio à aceitação de casamentos homossexuais como de indignação perante a proibição desses casamentos. Daí que vale a pena frisar que este não se pretende, de modo algum, um trabalho acabado. Mas tão-somente mais um contributo para a discussão do tema do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Discussão que nos parece pertinente num Estado que se pretenda Democrático de Direito, como é o caso do Estado moçambicano.

O Casamento em geral

O Casamento. Noção legal de casamento

Segundo o Professor Antunes Varela¹, apesar da extraordinária importância que reveste desde há muitos séculos na vida dos povos, como fundamento jurídico da família, o casamento não é fácil de definir pela extrema variedade de situações abrangidas pelo conceito. Constitui tarefa difícil determinar as notas essenciais comuns ao casamento de pessoas jovens, tendo, essencialmente, em vista a criação e educação dos filhos; ao casamento in extremis de velhos, com mero objectivo de regularizar situações pretéritas. Aqui, gostaríamos de discordar do Professor, pois entendemos que há, sim, um denominador comum das duas situações apresentadas, que é a vontade de se unirem uns aos outros, em virtude do amor que sentem um pelo outro. Mas o Professor prossegue explicando que é por essa razão que alguns Códigos Civis (como o francês, o alemão², o brasileiro e o italiano) intencionalmente se abstiveram de formular um conceito legal de casamento. Outra foi a posição do Código Civil português³ e da Lei da Família moçambicana⁴, os quais contêm uma definição de casamento⁵. Interessa-nos o conceito da Lei moçambicana. Esta posição é de mérito questionável porque a lei deve, o quanto possível, pautar por conceitos indeterminados para alcançar uma maior maleabilidade na compreensão de realidades de facto mutáveis, propiciando uma maior durabilidade do Direito, que deixa de precisar de ser alterado com frequência para se adaptar ao devir social, como ensinam Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão⁶.

No entanto, em Moçambique *“o casamento é a união voluntária e singular entre um homem e uma mulher, com o propósito de constituir família, mediante uma comunhão plena de vida.”*⁷

Com esta noção legal de casamento, pretendeu-se quebrar com a característica meramente contratual que o casamento revestia na vigência do revogado Livro IV do Código Civil⁸, passando a revestir a natureza de uma verdadeira aliança entre os cônjuges, estendida às respectivas famílias com as suas componentes sociais e étnico-culturais⁹. Entendemos não ser pertinente discutir aqui se esse objectivo é ou não atingido com a introdução deste novo conceito de casamento. Mas, consideramos importante frisar que este conceito ainda continua fortemente influenciado pelo direito ocidental, mais concretamente o português, devido à herança das leis do sistema colonial. E o Direito da Família português era, por sua vez, influenciado pela Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de 1940. Com efeito, é um conceito que não atende a permeabilidade do Direito da Família às transformações sociais. O Direito da Família é, particularmente, influenciado, tal como os outros ramos de Direito, pelas evoluções políticas

e sociais. Segundo salienta Diogo Leite de Campos¹⁰, as grandes alterações políticas traduzem-se, mais ou menos rapidamente, em alterações do Direito da Família, muitas vezes ao arrepio do sentimento social. E, nos últimos decénios, a evolução social da família tem sido muito rápida e tem sido acompanhada mais ou menos de perto pelo Direito da Família, tanto no direito matrimonial e no direito da filiação, como no próprio direito patrimonial.

Os sujeitos da relação matrimonial estabelecidos na Lei da Família parecem-nos de constitucionalidade duvidosa quando confrontados com o princípio constitucional da igualdade entre os cidadãos¹¹, que no nosso entender não permite que se privem as pessoas do seu direito de constituir família através do casamento, com quem queiram, sejam homem ou mulher, obedecendo, obviamente, o regime dos impedimentos matrimoniais. No entanto, sendo o casamento uma das formas de constituição da família, vamos, de seguida, analisar o direito a constituir família através do matrimónio.

Direito à constituição da família através do casamento

O direito de constituir família encontra-se, expressamente, estabelecido na Lei da Família. Segundo esta, “a todos é reconhecido o direito (...) de constituir família”¹². Apesar de estar consagrado na lei, estamos em face de um direito fundamental¹³, por força do princípio constitucional da não tipicidade destes direitos¹⁴.

Conjugando o direito à constituição da família com o princípio da igualdade entre os cidadãos perante a lei, resulta que a todos se garante a faculdade de fundar uma família em condições de plena igualdade. Será, conseqüentemente, inconstitucional qualquer preceito que proíba o casamento em razão de qualquer factor de violação do princípio da igualdade¹⁵. Porém, segundo a doutrina emanada pelo Professor Antunes Varela¹⁶, este princípio não pode ser tomado, rigorosamente, ao pé da letra. A interpretação literal do princípio da igualdade, apostado em assegurar não apenas a igualdade (relativa), mas a plena (completa, absoluta) igualdade de todos na constituição da família, conduziria à inconstitucionalidade de todas as disposições da Lei da Família que estabelecem impedimentos matrimoniais. Todas essas disposições cavam desigualdades entre as pessoas quanto à celebração dos actos através dos quais se pode constituir família.

A norma que proíbe o casamento entre irmãos¹⁷ recairia, aparentemente, sob o estigma da inconstitucionalidade, na medida em que estabeleceria uma desigualdade quanto à possibilidade de constituição da família, baseada na ascendência comum.

Ainda segundo Antunes Varela¹⁸, a via que se abre ao intérprete para a fixação do sentido que razoavelmente deve ser atribuído à proclamação retórica, feita pela enunciação do princípio do direito natural do homem a constituir família, é a de integrar a proclamação retórica do direito de constituir família¹⁹ no espírito do princípio constitucional da igualdade²⁰ e será como se o princípio do direito de constituir família prescrevesse que “*todos têm o direito de constituir família em condições que não violem o princípio constitucional da igualdade dos cidadãos perante a lei*”. E o espírito do princípio da igualdade não choca com as limitações resultantes da legislação vigente, em matéria de impedimentos matrimoniais.

Assim sendo, não há obstáculos à constituição de família pela união matrimonial entre duas pessoas do mesmo sexo, mesmo porque temos todos os direitos de casar com quem desejemos, como a seguir veremos.

Direito de casar

Segundo a Lei da Família²¹, a todos é conferido o direito de contrair matrimónio. É o direito do livre acesso ao casamento²². Por força da conjugação deste preceito com o princípio da igualdade²³, seria manifestamente inconstitucional a norma que, sem qualquer fundamento objectivo aceitável, proibisse as pessoas de se casar.

Porém, a conjugação do princípio constitucional da igualdade com o direito fundamental de se casar, reconhecido a todos os cidadãos, não pode ser tomado à letra da sua proclamação, sob pena de, como já antes vimos em relação ao direito de constituir família, serem havidos por inconstitucionais todos os preceitos da lei ordinária que fixem impedimentos matrimoniais.

Há, portanto, que interpretar esta afirmação retórica do direito à celebração do casamento nos mesmos termos restritivos a que deve ser subordinada à proclamação do direito de constituir família. Com efeito, todas as pessoas têm o direito de contrair casamento e, conseqüentemente, a constituir família, mesmo porque os fins pretendidos com o exercício desses direitos não dependem da diversidade de sexo dos nubentes, conforme a seguir veremos ao analisar os fins que o casamento deve prosseguir.

Os fins do casamento

Com a celebração do casamento os nubentes pretendem a plena comunhão de vida um com o outro, como meio de constituir família, criando as condições necessárias à plena realização da sua personalidade.

Com o casamento cada um dos cônjuges procura no outro, através da comunhão de vida em que ambos se pretendem inserir, a satisfação de uma série de senti-

mentos, de afecto especial, da satisfação plena do apetite sexual que os atrai, do desejo de autonomia em relação à autoridade paterna, da segurança no seu futuro de mortais, da estabilidade na vida de relação, do estímulo quotidianamente renovado de que um e outro necessitam para, plenamente, se realizarem no mundo²⁴. É essa plena comunhão natural de dois seres humanos que vem palidamente retratada na análise descritiva dos deveres recíprocos entre os cônjuges²⁵. Trata-se de elementos essenciais do casamento, devendo considerar-se nulas quaisquer cláusulas derogatórias dos deveres recíprocos dos cônjuges.

Assim sendo, a evolução da ciência e da sociedade faz com que seja penoso advogar a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo com base nas finalidades do casamento, pois estas não dependem da diversidade do sexo para se verificarem.

Ademais, tal posição é de constitucionalidade duvidosa face ao princípio constitucional da igualdade entre os cidadãos, como veremos no capítulo a seguir.

O princípio da universalidade e igualdade

Princípio da universalidade

Este princípio é comum aos direitos fundamentais e, também, aos demais direitos existentes na ordem jurídica moçambicana. Todos quanto fazem parte da comunidade política, fazem parte da comunidade jurídica, são titulares de direitos e deveres aí consagrados²⁶.

Esclarece o Professor Jorge Miranda²⁷ que este princípio, embora do da igualdade, não se confunde com ele. Por exemplo: Todos (princípio da universalidade) têm os mesmos direitos e deveres (princípio de igualdade). O princípio da universalidade diz respeito aos destinatários das normas, o princípio da igualdade ao seu conteúdo. O princípio da universalidade apresenta-se, essencialmente, quantitativo, o da igualdade, essencialmente, qualitativo. A Constituição moçambicana²⁸ distingue-os (tal como a Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁹): *“Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres...”*.

Todavia, como faz notar o Professor Jorge Miranda³⁰, há direitos que não são de todas as pessoas, mas apenas de algumas categorias, demarcadas em razão de factores de diversos, sejam permanentes, sejam relativos a certas situações.

Portanto, o direito à constituição de família, através do matrimónio, e o próprio direito de casar devem ser estabelecidos no nosso ordenamento jurídico de modo universal³¹, ou seja, destina-se a todas as pessoas. No entanto, não é o que resulta do Direito positivo, pois a Lei da Família consagra um regime discriminatório e de constitucionalidade duvidosa.

Por conseguinte, todos os membros da comunidade estatal são destinatários das leis do Estado e em condições de igualdade.

Princípio da igualdade

A igualdade em geral

A Constituição da República estabelece que *“todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política.”*³²

Daqui nasce a dicotomia igualdade jurídica-igualdade social ou igualdade perante a lei-igualdade na sociedade. Segundo o professor Jorge Miranda³³, esta dicotomia merece ser acolhida se se tomar a primeira como mera igualdade jurídico formal ou igualdade liberal, inspirada numa concepção jus racionalista, e a segunda como igualdade jurídico-material, ligada a uma atitude crítica sobre a ordem social e económica existente e a consciência de necessidade e da possibilidade de a modificar.

É válida, ainda, enquanto se distinguem não tanto duas espécies de preceitos jurídicos quanto dois momentos: o da atribuição dos direitos em igualdade e o da fixação das incumbências do Estado e da sociedade organizada perante as condições concretas das pessoas. Os direitos são os mesmos para todos. Mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem.

Constata, ainda, o Professor Jorge Miranda³⁴ que a igualdade jurídica é condição preliminar da igualdade real. Não se forma uma sociedade de iguais se os seus membros não têm, antes de mais, o direito de ser iguais. Sem a garantia do direito, a igualdade ficaria privada do efeito. Mas a igualdade jurídica é, também, a condição para que a igualdade real seja real. É assim, porque o Estado não pode desinteressar-se dos meios para produzir uma igualdade real. O Estado não pode limitar-se a garantir uma liberdade real derivada de outra fonte porque não existe outra fonte. Deve produzi-la, ele mesmo, esta igualdade, se se quer que haja, pelo menos, um início de aplicação. Ora, o meio de que o Estado dispõe para exercer qualquer acção é a lei.

Entretanto, a definição de uma igualdade jurídica abstracta não pode considerar-se como fim último que a si se baste, mas tão-somente como um primeiro e relativo momento, como um instrumento e ponto de apoio para uma igualdade material que há-de conseguir-se para além daquela através da complementar intervenção das outras duas dimensões. É, desse modo, que o estatuto abstracto, sem pretender ser rígido e de determinação acabada, tem não só de aceitar os desenvolvimentos e a integração normativa de uma igualdade participada e constitutiva realização histórica do direito como terá ainda de sofrer as

diferenciações e modificações concretas exigidas por uma material intenção de igualdade e justiça sociais. Com aqueles desenvolvimentos e integrações, por um lado (sendo certo que aqueles primeiros se virão as mais das vezes traduzir nestas segundas), se actuará, corrigirá e controlará a intenção de igualdade definida abstractamente, em termos de ele ter de se mostrar sempre materialmente justificada e real. A experiência histórica mostra que:

- São coisas diferentes a proclamação do princípio da igualdade e a sua aceitação e aplicação prática; ou a consagração legislativa (até porque o princípio comporta manifestações diversas consoante os sectores e os interesses em presença e sofre refrações decorrentes do ambiente de cada país e de cada época;
 - A par da construção jurídica a fazer e a refazer constantemente, importar indagar da cultura cívica dominante na comunidade, das ideias preconcebidas e dos valores aí assentes, assim como da “Constituição viva” e da realidade constitucional;
 - A conquista da igualdade não se tem conseguido tanto em abstracto quanto em concreto, através da eliminação ou da redução de sucessivas desigualdades ou da extensão de novos benefícios; e tem sido fruto quer da difusão das ideias quer das lutas travadas por aqueles que se encontravam em situações de marginalização, opressão e exploração;
 - Embora a superação destas ou daquelas desigualdades nunca seja definitiva e, por vezes, até venha acompanhada do aparecimento de novas desigualdades e até de exclusões, o ideal de uma sociedade alicerçada na igualdade (ou na justiça) é um dos ideais permanentes da vida humana e um elemento crítico de transformação, não só dos sistemas jurídicos, mas, também, das estruturas sociais e políticas.
 - Após estas generalidades, cabe o momento de entender então o sentido e alcance do princípio da igualdade.
-

Sentido da igualdade

Sentido negativo

Consiste na vedação de privilégios e de discriminações: Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever³⁵. Não se trata de apenas proibir discriminações. Trata-se, também, de proteger as pessoas contra discriminações.

Havendo um sentido negativo, é de imaginar que haja um sentido positivo.

Sentido positivo

- Este sentido é mais rico. O sentido positivo do princípio da igualdade impõe:
- Tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes);

Tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais (impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das coisas) e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador³⁶. Aqui se pode perguntar porquê, então, pretender que a união entre pessoas do mesmo sexo tenha tratamento legal igual à união entre pessoas de sexos diferentes, se estamos perante situações substancial e objectivamente desiguais e não criadas, nem mantidas arbitrariamente pelo legislador?

A resposta é que o sentido positivo do princípio da igualdade somente autoriza discriminações positivas, ou seja, apenas permite que se coloquem os cidadãos em situação de vantagem quando daí resulte a igualdade material³⁷. E não reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo constitui uma discriminação negativa, porque não coloca os homossexuais em situação de igualdade perante os heterossexuais, antes pelo contrário, os inferioriza, pois do casamento advêm consequências jurídicas que tornam a relação afectiva mais segura e sólida, como, por exemplo, os deveres conjugais³⁸;

- Tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em mera obrigação;
 - Tratamento de situações não apenas como existem mas, também, como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se, assim, uma componente activa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei).
 - Conhecidos os sentidos do princípio da igualdade, resta saber sobre
-

quem recaem as suas imposições.

Destinatários do princípio

O princípio da igualdade tem por destinatários, desde logo, os próprios órgãos de criação do Direito. Jorge Miranda³⁹ ensina que toda a lei ordinária deve obedecer ao princípio, tanto nas suas precipitações imediatas de igualização e diferenciação como no seu conteúdo geral. E a lei deve obedecer aos comandos da Constituição e enquadrar-se nos seus fins. O termo “*Lei*”, na Constituição da República⁴⁰, significa ordem jurídica. Portanto, toda a ordem jurídica deve estar impregnada no princípio da igualdade. O princípio da igualdade diz respeito a todas as funções do Estado e exige criação e aplicação igual da norma jurídica. Os seus destinatários vêm a ser, então, além dos órgãos políticos e legislativos (os quais podem interferir nessa aplicação ou ser até destinatários de leis ordinárias), os tribunais e os órgãos administrativos. Com efeito, a Lei da Família⁴¹, sendo ordinária, deve conformar-se com a Constituição da República⁴², daí que o facto de ela discriminar de forma negativa as pessoas do mesmo sexo, que pretendam contrair matrimónio, faz-nos duvidar da sua constitucionalidade face ao princípio da igualdade⁴³.

Conhecidas as dimensões, o sentido e alcance do princípio da igualdade, é o momento de demonstrar que relação existe entre o princípio da igualdade e a orientação sexual como um critério inadmissível de desigualdade implícito na Constituição da República⁴⁴.

Princípio da igualdade e a orientação sexual

Igualdade formal e a orientação sexual

A fidelidade ao princípio da igualdade formal exige que se reconheça a todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual, a qualidade de sujeito de direito, isto implica não identificá-lo com a pessoa heterossexual⁴⁵. Segundo Roger Raupp Rios, a igualdade perante a lei só alcançará a universalidade do direito mediante a ruptura do modelo abstracto do sujeito de direito como pessoa heterossexual. Ao invés da cristalização da “*normalidade heterossexual*”, revelada tanto na invocação de “direitos homossexuais” como no apelo ao “direito à diferença”, é necessário afirmar o “direito à indiferença” pelo respeito às diversas modalidades de orientação sexual, todas sob uma mesma regulação geral. A concretização deste imperativo jurídico de igualdade formal, no entanto, é desafiada por uma realidade de discriminações em virtude de orientação sexual. No esforço de implementá-la, diante das vicissitudes verificadas na realidade social, foram positivados critérios proibitivos de diferenciações, desdobramentos da igualdade perante a lei.

Igualdade material e orientação sexual

O princípio da igualdade material ou substancial não somente considera todas as pessoas abstractamente iguais perante a lei, mas se preocupa com a realidade de facto, que reclama um tratamento desigual para as pessoas efectivamente desiguais, a fim de que possam desenvolver as oportunidades que lhes assegurem, abstractamente, a igualdade formal. Surge, então, a necessidade de tratar desigualmente as pessoas desiguais, na medida de sua desigualdade⁴⁶. Com efeito, a evolução das ciências humanas e biológicas já é suficiente para a superação dos preconceitos que anteriormente turvavam a mentalidade contemporânea diante da homossexualidade. Portanto, aquilo que outrora justificaria a diferenciação, hoje se revela preconceito, não mais servindo como justificação racional para práticas discriminatórias⁴⁷.

Da Inconstitucionalidade da Proibição do Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo

Argumentos contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo

Para melhor demonstrar a inconstitucionalidade da proibição, julgamos pertinente começar por apresentar os argumentos contra a tese que pretendemos defender, para em seguida rebatê-los.

O casamento entre pessoas do mesmo sexo é de longe uma questão pacífica, a prova disso são os diversos argumentos defendidos por diversos ilustres juristas a favor da proibição desses casamentos

A homossexualidade como doença

Para Antunes Varela *“a comunhão de vida a que aponta o casamento só pode ser obtida por duas pessoas de sexo diferente, nunca através de uniões mórbidas de pessoas do mesmo sexo (homossexuais ou lésbicas) a que possam conduzir a taras ou aberrações sexuais”*⁴⁸, ou seja, para este autor a homossexualidade é uma doença.

A procriação como fim do casamento

O Professor Diogo Leite de Campos⁴⁹ afirma que a diversidade de sexos nos casamentos é exigida pelo fim do matrimónio que é de estabelecer entre os cônjuges uma comunhão plena de vida. Não só pela razão de só pessoas do mesmo sexo poderem procriar, como também pelo facto de só entre um homem e uma mulher haver possibilidade de uma completude⁵⁰.

A cópula como fim do casamento

Esta posição é defendida por Eduardo dos Santos⁵¹. Pergunta ele, *“ se um dos cônjuges ou até os dois são impotentes para copular, então para que serve se terem casado? ”*.

E, segundo ele, nem se pode argumentar contra a sua tese recorrendo aos *casamentos in articulo mortis*⁵², pois estes mais não são que um acto de bondade do legislador para regularizar situações de mancebia entre concubinos de idade prolecta. E a verdade é que se não fosse para copularem esses concubinos não teriam antes junto um ao outro. Como se isto não bastasse, prossegue o ilustre jurista dizendo que as uniões concubinas são mesmo para copular e na maior parte das vezes só para isso. E, por isso, afirma Eduardo dos Santos, é indubitável que a potência para copular é uma qualidade essencial da pessoa que casa e, por conseguinte, deve haver diversidade de sexo para que possam copular.

O carácter taxativo da enumeração dos elementos inadmissíveis de desigualdade na
Constituição da República

No ordenamento jurídico moçambicano pode-se, ainda, avançar com o argumento segundo o qual o termo “*orientação sexual*” não consta da enumeração da Constituição da República⁵³ dos factores inaceitáveis de discriminação. E aquela enumeração é taxativa, ao contrário da enumerações estabelecidas na Carta Africana do Direitos do Homem e dos Povos⁵⁴ e na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵⁵, posto isso, não há espaço para que se possa, por via hermenêutica, integrar a orientação sexual naquela enumeração.

Vénia máxima seja concedida aos ilustres juristas aqui citados, mas nada mais equívocado que as posições acima defendidas. Passamos de seguida a explicar porquê.

Argumentos a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo

A homossexualidade como orientação sexual

al como o Professor Antunes Varela, muitos olham para a homossexualidade como uma doença. Para estes, os actos homossexuais são sintomas de uma doença que acomete o indivíduo, cuja presença identifica-o como “*homossexual*⁵⁶”, em *contraposição a uma condição normal tida como saudável, denominada de “heterossexualidade”*⁵⁷.

No início dos anos 70, a grande maioria dos psiquiatras, também, estava ainda convencida de que a homossexualidade era uma doença mental⁵⁸. Mas a maioria acreditava que sua origem estava num desvio da orientação sexual⁵⁹ provocada por uma perturbação do desenvolvimento psico-sexual. Os psicanalistas, mais precisamente, sempre admitiam que a homossexualidade estava ligada a uma carência no processo de identificação da orientação sexual durante a infância.

Porém, esta concepção não mais se sustenta hoje em dia⁶⁰. A homossexualidade foi excluída do catálogo oficial de doenças da Organização Mundial da Saúde, em Janeiro de 1993⁶¹, antes disso, a Associação Americana de Psiquiatria, em Abril de 1974, já havia estabelecido que a homossexualidade per si não é uma perturbação mental e não deveria mais ser classificada como tal⁶².

Com efeito, a abordagem clínica contemporânea, tanto médica quanto psicológica, não permite qualquer conclusão no sentido das outrora propaladas morbidez e inferioridade homossexual, ao afirmarem que a completude de comunhão de vida só pode ser atingida por duas pessoas de sexos opostos e que o contrário seria doentio. Logo, não existem fundamento aceitável ou não arbitrário ou ainda justificado para proibir o casamento homossexual..

1.1. A comunhão de afecto como finalidade do casamento

A Lei da Família não inclui na definição de casamento a procriação e, conseqüente educação dos filhos, como objecto ou fim do matrimónio. Deste modo, podem existir casos de certeza antecipados de que os nubentes não vão procriar e, conseqüentemente, não vão educar filhos biológicos. A impotência coeundi ou generandi não constitui impedimento matrimonial⁶³ e muito menos causa de anulabilidade do casamento⁶⁵. E é irrelevante o erro que recaia sobre a capacidade do cônjuge para copular ou de ter filhos⁶⁶.

Admitir que a procriação é realmente finalidade do casamento obrigara-nos a ter de considerar que todas as núpcias de que não decorressem filhos devessem ser anuladas⁶⁷.

Defender que o casamento tem por finalidade legalizar relações sexuais, como

pretende Eduardo dos Santos⁶⁸, implica que as relações sexuais, fora ou sem casamento, sejam ilícitas. E isto não pode de maneira alguma ser aceite. Aliás, basta lembrar que o princípio da igualdade proíbe a discriminação entre filhos nascidos dentro do casamento e os nascidos fora dele⁶⁹.

Essencial, portanto, à celebração do casamento é que cada um dos nubentes queira a plena comunhão de vida com o outro como meio de plena realização da sua personalidade.

Nas palavras do próprio Professor Antunes Varela⁷⁰, com o casamento cada um dos cônjuges procura no outro, através da comunhão de vida em que ambos se pretendem inserir, a satisfação de uma série de sentimentos, de afecto especial, da satisfação plena do apetite sexual que os atrai, do desejo de autonomia em relação a autoridade paterna, da segurança no seu futuro de mortais, da estabilidade na vida de relação, do estímulo quotidianamente renovado de que um e outro necessitam para plenamente se realizarem no mundo. E essa plena comunhão de afecto⁷¹ de dois seres humanos que vem palidamente retratada na análise descritiva dos deveres recíprocos entre os cônjuges⁷².

Portanto, é preciso apartar o casamento da ideia de procriação. Com efeito, para ter filhos não é preciso casar. Aliás, o próprio sistema de Direito positivo permite a adopção por pessoas não casadas, deixando clara a inexistência de uma relação de implicação entre o casamento e a reprodução. Além disso, com as modernas técnicas de reprodução assistida, também, não se pode ligar o casamento à ideia de perpetuação da espécie⁷³⁷⁴.

Também não se pode vincular o casamento civil a referências religiosas, pois a República de Moçambique é um Estado laico. Laicidade que assenta na separação entre o Estado e as confissões religiosas⁷⁵.

A família pode ser constituída de várias formas, o casamento é uma delas, e tanto ele quanto as outras vêm exprimir a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço da sua liberdade, não cabendo ao Estado regular as formas de manifestação da comunhão plena de vida, pois a sexualidade, que é da ordem do desejo, escapa ao “normatizável” (sic) e o Estado não pode mais controlar as formas de constituição de família⁷⁶.

O carácter exemplificativo da enumeração dos factores de desigualdade inadmissíveis enunciados pela Constituição da República

A Constituição da República⁷⁷ enuncia os factores inadmissíveis de desigualdade, os quais são-no a título meramente exemplificativo, de modo algum a título taxativo. Eles não são senão os mais flagrantemente recusados pelo legislador constituinte (tentando interpretar a consciência jurídica da comunidade). Não são

os únicos possíveis e, portanto, não são os únicos capazes de alicerçar privilégios ou discriminações. Torna-se, porém, mais fácil, perante eles, apurar da eventual contradição do legislador ordinário, tal como ensina o Professor Jorge Miranda⁷⁸.

É a própria Constituição da República que estabelece que “*os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos*”⁷⁹. Reportando-se a uma disposição semelhante à Constituição Portuguesa, o Professor Jorge Miranda⁸⁰ afirma que a ratio do dispositivo é tríplice. Através dele pretende-se clarificar e alargar o catálogo de direitos fundamentais, reforçar a sua tutela e abrir para horizontes de universalismo.

Então, o princípio da igualdade, como direito fundamental, fica situado num contexto mais vasto e mais sólido que o da Constituição em sentido instrumental e fica impregnada dos princípios e valores da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, como parte essencial da ideia de Direito à luz da qual o princípio tem de ser pensado e posto em prática. Esta impregnação tem um sentido normativo imediato, com incidência no conteúdo dos direitos formalmente constitucionais.

A integração de preceitos constitucionais e legais pela Declaração Universal e pela Carta Africana significa que se pode e deve completar os direitos constantes da Constituição da República com os direitos ou faculdades que se encontrem na Declaração e na Carta⁸¹.

Portanto, a falta do termo “orientação sexual” no texto que estabelece o princípio da igualdade na Constituição da República⁸² não significa que o legislador constituinte permite que se discriminem as pessoas em razão da sua orientação sexual. A interpretação das normas constitucionais deve, sim, sempre partir da descodificação do seu enunciado linguístico, o texto da norma. É a isto que se chama interpretação literal ou gramatical, que de forma alguma é excluída pela Constituição. Porém, em virtude do princípio da máxima efectividade⁸³ a interpretação constitucional não deve cingir-se ao texto da norma, deve ir mais além na busca de um sentido que confira, nomeadamente aos direitos fundamentais, a sua eficácia plena. Logo, deve recorrer-se, também, aos elementos histórico, sistemático e teleológico, entre outros admitidos pela hermenêutica jurídica em geral.

É neste sentido que a Constituição da República estabelece que os direitos fundamentais devem ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal e a Carta Africana⁸⁴. Ademais, Roger Raupp Rios⁸⁵ lembra-nos que a discriminação por orientação sexual é, também, uma discriminação por motivo de sexo. António pode ou não sofrer discriminação pela sua orientação sexual em virtude do sexo

da pessoa para quem dirigir seu desejo ou sua conduta sexual. Se orientar para Manuel, será discriminado. Todavia, se dirigir se para Ana não será discriminado. Os diferentes tratamentos, neste contexto, têm sua razão de ser no sexo de Manuel (igual ao de António) ou de Ana (oposto ao de António). Este exemplo pretende mostrar como a orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo. Contra este raciocínio, pode-se avançar que a protecção constitucional da discriminação sexual não alcança a orientação sexual. Que não é o sexo de António ou Ana que determinam a discriminação, mas a coincidência de sexos dos partícipes da relação afectiva, tanto é que homens e mulheres são discriminados nesta situação. Porém, como demonstra Roger Raupp Rios⁸⁶, este argumento não subsiste, pois é impossível a definição da orientação sexual sem a consideração do sexo dos envolvidos na relação verificada. Ao contrário, é essencial para a caracterização de uma ou de outra orientação sexual levar-se em conta o sexo, tanto que é o sexo de Manuel ou de Ana que determinara o juízo discriminatório diante de António.

Do exposto, verifica-se que a dimensão formal do princípio da igualdade, proíbe a diferenciação, a equiparação entre heterossexualidade e homossexualidade nas questões jurídicas.

Creemos ser importante mencionar, aqui, que a propósito da orientação sexual à Lei do Trabalho⁸⁷ dispõe que: “*A interpretação e aplicação das normas da presente Lei obedecem, entre outros, ao princípio [...] da não discriminação em razão da orientação sexual...*”. Embora nos situemos no campo restrito das relações jurídico-laborais, surpreendemo-nos aqui com um indício importante do despertar da consciência e da sensibilidade do legislador ordinário moçambicano para a questão da homossexualidade rompendo com o entendimento preconceituoso que deixou transparecer na Lei da Família⁸⁸. E acreditamos que o fundamento constitucional da disposição da Lei do Trabalho acima citada é o princípio da igualdade entre os cidadãos⁸⁹, por isso, questionamo-nos, porquê apenas neste sector específico das relações sociais se reconhece o carácter exemplificativo da enumeração dos factores de desigualdade inadmissíveis enunciados pela Constituição da República⁹⁰ e não em todos os sectores da sociedade?

De acordo com Norberto Bobbio⁹¹, o princípio da coerência do ordenamento jurídico não admite que se tenham normas incompatíveis no mesmo ordenamento jurídico. Exige-se do ordenamento o dever de coerência não se admitindo antinomias, sendo essa regra dirigida tanto ao legislador quanto ao aplicador do direito.

A protecção da dignidade do ser humano

O direito de constituir família encontra-se estabelecido na Lei da Família ⁹². Apesar de estar consagrado numa lei ordinária, estamos em face de um direito fundamental⁹³, por força da própria Constituição da República⁹⁴. Estabelece ainda a Constituição da República que os direitos fundamentais devem ser interpretados em harmonia com a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. E de acordo com a Carta Africana do Direitos do Homem e dos Povos: *“Todo o indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana...”*⁹⁵. Assim sendo, entendemos que todos os direitos fundamentais no ordenamento jurídico moçambicano estão impregnados no princípio do respeito da dignidade da pessoa humana. E este princípio tem como núcleo essencial a ideia de que o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizado ou descartado em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal, entre essas características destacamos a orientação sexual. O ser humano, em virtude da sua dignidade, não pode ser visto como um meio para a realização de outros fins. O indivíduo não deve ser reduzido à condição de mero objecto da acção estatal ou das relações sócias. Contradiz a dignidade humana converter o indivíduo em um mero objecto da acção do Estado⁹⁶.

A dignidade humana, segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁹⁷, é a qualidade intrínseca e distintiva de cada indivíduo que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa, tanto contra todo e qualquer acto degradante e desumano, como as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação activa e responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assente este conceito, evidencia-se a pertinência da orientação sexual ao âmbito da dignidade humana. Com efeito, na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consubstancia uma dimensão fundamental da constituição da subjectividade, que é um alicerce indispensável para a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade.

Fica claro o quanto as questões relativas à orientação sexual relacionam-se de modo íntimo com a protecção da dignidade da pessoa humana. Esta problemática se revela mais nitidamente em face da homossexualidade, dado o carácter heterossexista⁹⁸ e mesmo homofóbico⁹⁹ da sociedade moçambicana. Hoje em dia não se justificam entendimentos heterossexista da família porque a realidade é que a família evoluiu, como constatam Cristiano Chaves de Farias e Nelson

Rosenvald¹⁰⁰, a família passou de matrimonializada (*sic*) para pluralizada, de patriarcal para democrática, de hierarquizada para igualitária substancialmente, de heteroparental (*sic*) para hetero ou homoparental (*sic*), de biológica para sócioafectiva (*sic*), de unidade de produção e reprodução à unidade sócioafectiva (*sic*), de carácter institucional para de carácter instrumental.

O reconhecimento da dignidade do ser humano, aliás elemento central na socialidade¹⁰¹ que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito¹⁰², que promete aos indivíduos, muito mais que invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

Desrespeitar ou prejudicar alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar um tratamento indigno ao ser humano. Não se pode simplesmente ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual sem sombra de dúvida se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.

O legislador constituinte reservou ao legislador ordinário a regulação dos termos do casamento no ordenamento jurídico moçambicano¹⁰³. É nosso entender que na concretização desta incumbência constitucional, o legislador ordinário ultrapassou os parâmetros da própria Constituição da República porque não só, não toma em consideração o sentido positivo do princípio da igualdade ao privar os casais homossexuais de contrair matrimónio sem apresentar uma justificação aceitável, como, também, fere gravemente a dignidade humana dos mesmos. O sentido positivo do princípio da igualdade somente autoriza discriminações positivas, ou seja, apenas permite que se coloquem os cidadãos em situação de vantagem quando daí resulte a igualdade real¹⁰⁴. E o legislador ordinário ao proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo discrimina negativamente os homossexuais, porque os coloca em posição de inferioridade face aos casais heterossexuais, aos quais o legislador permite contrair matrimónio. Esta discriminação retira a possibilidade de os casais homossexuais gozarem das consequências jurídicas do casamento, as quais tornam a relação afectiva mais segura e sólida, sobretudo no campo patrimonial.

Em Moçambique ainda não há jurisprudência constitucional em matéria de discriminação por orientação sexual¹⁰⁵. Mas de Portugal, país de que Moçambique “herdou” seu sistema jurídico romano – germânico, podemos citar o acórdão n.º 121/2010 do Tribunal Constitucional¹⁰⁶, que no âmbito da fiscalização preventiva da *Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio*, decidiu não haver inconstitucionalidade alguma na união civil de duas pessoas do mesmo sexo. E ainda segundo o acórdão 121/2010, antes, nos acórdãos n.º 105/1990 e n.º 359/2010, o Tribunal Constitucional já havia afirmado que: “*se o conteúdo da ideia de dignidade da pessoa*

humana é algo que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente, já se vê que no Estado moderno — e para além das projecções dessa ideia que encontrem logo tradução ao nível constitucional em princípios específicos da lei fundamental (máxime, os relativos ao reconhecimento e consagração dos direitos fundamentais) — há-de caber primacialmente ao legislador essa concretização: especialmente vocacionado, no quadro dos diferentes órgãos de soberania, para a “criação” e a “dinamização” da ordem jurídica, e democraticamente legitimado para tanto, é ao legislador que fica, por isso, confiada, em primeira linha, a tarefa ou o encargo de, em cada momento histórico, “ler”, traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios “abertos” da Constituição (tal como, justamente, o princípio da “dignidade da pessoa humana”)”.

Perante estes elementos, conclui-se, segundo Roger Raupp Rios¹⁰⁷, que o respeito à orientação sexual é um aspecto fundamental para afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável juridicamente que preconceitos legitimem restrições de direitos, servindo para o fortalecimento de estigmas sociais e espezinhamento dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito¹⁰⁸.

Conclusão

O legislador ordinário moçambicano veda a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo contraírem matrimónio porque, segundo o art. 7 da Lei da Família, o casamento só pode ser celebrado por duas pessoas de sexo diferente, e se forem do mesmo sexo o casamento é inexistente, nos termos da al. e) do art. 53 também da Lei da Família. Este regime é inconstitucional, porquanto não se encontra em consonância com o princípio constitucional da igualdade dos cidadãos, estabelecido pelo art. 35 da Constituição da República, que no nosso entender não permite que se proíba duas pessoas de contraírem matrimónio devido à sua orientação sexual, privando-as de exercer o seu direito de constituir família através do casamento.

A fidelidade ao princípio da igualdade formal exige que se reconheça a todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual, a qualidade de sujeito de direito, isto implica não identificá-lo com a pessoa heterossexual.

O princípio da igualdade material ou substancial preocupa-se com a realidade de facto, que reclama um tratamento desigual para as pessoas efectivamente desiguais, a fim de que possam desenvolver as oportunidades que lhes assegurem, abstractamente, a igualdade formal. Com efeito, a evolução das ciências humanas e biológicas já é suficiente para a superação dos preconceitos que anteriormente turvavam a mentalidade contemporânea diante da homossexualidade.

Ainda são diversos os argumentos apresentados por diferentes autores, para sustentar essa proibição. Dizem eles, em síntese, que:

- A homossexualidade é uma doença;
- O fim do casamento é a procriação e essa não é possível sem a diversidade de sexo;
- O fim do casamento é a cópula e essa só é possível havendo diversidade de sexo;

A enumeração dos factores inadmissíveis de desigualdade contidos no art. 35 da Constituição da República, é taxativa e a orientação sexual não faz parte daquela enumeração.

Porém, deste estudo, concluímos que, por diversas razões, estas concepções não mais se sustentam hoje em dia.

Primeiro, porque a homossexualidade foi excluída do catálogo oficial de doenças da Organização Mundial da Saúde, em Janeiro de 1993.

Segundo, o fim do casamento é a comunhão de afectos entre os nubentes. Tanto é assim que podem existir casos de certeza antecipada de que os nubentes não vão procriar e, por conseguinte, não vão educar filhos biológicos, porque a impotência *coeundi* ou *generandi* não constitui impedimento matrimonial, de acordo com os arts. 30,31 e 32, todos da Lei da Família, e muito menos causa de anulabilidade do casamento, de acordo com o art. 56, também, da Lei da Família. E é irrelevante o erro que recaia sobre a capacidade do cônjuge para copular ou de ter filhos, em conformidade com o art. 61, ainda da Lei da Família.

Terceiro, porque se o casamento tivesse por fim legalizar relações sexuais, implicaria que as relações sexuais fora ou sem ele fossem ilícitas, o que não pode ser, pois o princípio da igualdade estabelecido no art. 35 da Constituição da República não permite que se faça essa distinção entre os filhos e o nº 4 do art. 120, também, da Constituição da República, estabelece, expressamente, que os pais devem prestar assistência aos filhos nascidos dentro e fora do casamento.

Quarto, porque a enumeração dos factores inadmissíveis de desigualdade no art. 35 da Constituição é meramente exemplificativo. Procurou-se elencar os mais flagrantemente recusados pelo legislador constituinte, tentando interpretar a consciência jurídica da comunidade. A interpretação das normas constitucionais deve sempre partir da descodificação do seu enunciado linguístico. Porém, em virtude do princípio da máxima efectividade a interpretação constitucional não deve cingir-se somente ao texto da norma, deve ir mais além na busca de um sentido que confira, nomeadamente aos direitos fundamentais, a sua eficácia plena. Para tanto, deve recorrer-se, também, aos elementos histórico, sistemático e teleológico, entre outros admitidos pela hermenêutica jurídica em geral. É neste sentido que a Constituição da República estabelece que os direitos fundamentais devem ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal e a Carta Africana.

Acreditamos que o legislador ordinário moçambicano demonstrou um despertar da sua consciência, sensibilidade em relação à homossexualidade e reconhecimento do carácter exemplificativo da enumeração dos factores de desigualdade inadmissíveis enunciados pelo art. 35 da Constituição da República, ao estabelecer no n.º 1 do art. 4 da Lei do Trabalho que *“a interpretação e aplicação das normas da presente Lei obedecem, entre outros, ao princípio [...] da não discriminação em razão da orientação sexual...”*, pois cremos que o fundamento constitucional desta disposição da Lei do Trabalho é o princípio da igualdade entre os cidadãos. É nosso entender que o princípio da coerência do ordenamento jurídico impõe uma política legislativa mais holística e abrangente nesta matéria.

Quinto, em respeito ao princípio da protecção da dignidade humana que tem como núcleo essencial a ideia de que o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizado ou descartado em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal, entre essas características destaca-se a orientação sexual.

Ademais, o conceito de casamento adoptado pela Lei da Família moçambicana, no seu art. 7, é fortemente influenciado pelo português, devido à herança das leis do sistema colonial. E o direito da Família português é, por sua vez, influenciado pela Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de 1940. Com efeito, para os autores contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o núcleo essencial do casamento é defendido em função de um modelo histórico católico. Porém, a família evoluiu e passou de matrimonializada (*sic*) para pluralizada, de patriarcal para democrática, de hierarquizada para igualitária substancialmente, de heteroparental (*sic*) para hetero ou homoparental (*sic*), de biológica para biológica ou sócio-afectiva, de unidade de produção e reprodução para unidade sócio-afectiva (*sic*), de carácter institucional para de carácter instrumental. Assim sendo, a protecção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida e inconstitucional qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob pretexto de garantir o interesse da família, como se houvesse uma protecção ao núcleo familiar em si mesmo. A família existe em razão dos seus componentes, e não estes em função daquela.

Não obstante a Lei da Família proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, há uma possibilidade destas contraírem matrimónio em Moçambique. Tendo em conta todos estes argumentos a favor do casamento. As coisas sucederão mais ou menos da seguinte maneira: Duas pessoas do mesmo sexo que pretendam contrair matrimónio terão a sua pretensão negada pelo conservador, em sede de processo preliminar de publicações, em conformidade com o art. 38 da LF conjugado com o art. 163 e seguintes do CRC, com fundamento na inexistência do casamento, nos termos do art. 7 combinado com o art. 53 al. e), ambos da LF, por conseguinte, o conservador deverá remeter o processo para decisão judicial, de acordo com o n.º 3 art. 173 do CRC. E aqui, vários cenários podem-se colocar. Um dos cenários seria que o juiz, em conformidade com o art. 214 da Constituição da República, optasse por não aplicar a Lei da Família dada a sua contradição com a Constituição resultante da contradição entre o art. 7 e art. 53 al. e) da LF com o art. 35 da CRM e do disposto no art. 2 n.º 4, também, da CRM, remetendo de imediato a sua decisão ao Conselho Constitucional para fiscalização concreta da constitucionalidade dos artigos em causa, em conformidade com o n.º 1 al. a) do art. 247 da CRM. O Conselho Constitucional, por sua vez, dados os argumentos convergentes na inconstitu-

cionalidade das normas desaplicadas, deverá declarar a inconstitucionalidade das mesmas. Deste modo, por força da decisão do Conselho Constitucional, o juiz da primeira instância decidirá pela inexistência de impedimentos matrimoniais e devolverá o processo ao conservador que, por sua vez, deverá, então, no seu despacho final, em conformidade com o n.º1 do art. 175 do CRC, autorizar a celebração do casamento.

Todos estes procedimentos para conseguir o casamento entre pessoas do mesmo sexo em Moçambique são hoje injustificados, visto que a evolução das ciências humanas e biológicas já é suficiente para a superação dos preconceitos que anteriormente turvavam a mentalidade contemporânea diante da homossexualidade e, por isso, já é tempo de a lei expressamente permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Com relação à homossexualidade, aquilo que outrora justificaria a diferenciação, hoje se revela preconceito, não mais servindo como justificação racional para práticas discriminatórias.

Com efeito, recomendamos ao legislador moçambicano a:

- Alterar o conceito de casamento constante da Lei da Família com vista a adequá-lo ao princípio da igualdade entre os cidadãos, ao direito de constituir família através do casamento e em respeito à dignidade humana dos homossexuais;
 - Revogar a alínea e) do art. 53 da Lei da Família, porque fere gravemente o princípio da igualdade entre os cidadãos, o direito de constituir família através do casamento e desrespeita a dignidade humana dos cidadãos homossexuais;
 - Acrescentar o termo “orientação sexual” no texto do art. 35 da Constituição da República, como forma de tornar explícita a inadmissibilidade da discriminação por orientação sexual.
 - Entendemos que, com estas medidas, o Estado moçambicano estará a desempenhar o seu papel de produzir a igualdade real entre os cidadãos.
-

Notes

1. VARELA, Antunes, *Direito da Família*, Volume-I, 4ª Edição Revista e Actualizada, Livraria Petrony, Lda, Lisboa, 1993, p. 176.
2. HANS DOLLE, *Famillienrecht*, Volume- I, 1964, p. 52, *apud* VARELA, Antunes, op. cit, p. 177, louva a sábia discricção (*weiser Zuruckhaltung*) do legislador alemão, ao omitir a definição. E no mesmo juízo laudatório, quanto a omissão (intencional) do Código francês, abunda CARBONNIER, *Droit Civil*, Volume II, 11ª ed., 1979, nº 5, p. 27. Quanto ao direito italiano, também se sabe ter sido deliberada (pela Comissão parlamentar incumbida de apreciar o projecto do Código) a omissão, no Código de 1942, da definição de casamento.
3. Art. 1577º do CC.
4. Art. 7 da LF.
5. Entendeu-se que haveria alguma vantagem em inserir na lei a definição do acto, quando mais não seja para fundamentar a ilicitude de certo tipo de cláusulas que os nubentes, porventura, incluísem na convenção antenupcial, como por exemplo: casamentos a prazo; casamentos à experiência; convenção de vida em separado, de não procriação, de permissão de relações íntimas com terceiro, de abstinência sexual, etc. *Vide*: PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume- IV, 2ª ed., p. 22, *apud* VARELA, Antunes, op. cit. p. 177.
6. SOUSA, Marcelo Rebelo de, GALVÃO, Sofia, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª Edição, LEX, Lisboa 2000, p. 72.
7. Art. 7 da LF.
8. Art. 1577º do CC.
9. ISSÁ, Abdul Carimo Mahomed, MUCHANGA, Adelino Manuel, SACRAMENTO, Luís Felipe, LUCAS, Osório, *Lei da Família Anotada*, Unidade Técnica de Reforma Legal, Maputo, 2006, p. 20.
10. Segundo CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição Revista e Actualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, p. 132.
11. Art. 35 da CRM.
12. Nº 3 do art. 1 da LF.
13. Direitos fundamentais são posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja formal, seja material, donde temos direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material, segundo MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV- Direitos Fundamentais, 3ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 52.

14. Com efeito, o art. 42 da CRM dispõe que: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis”.
 15. Art. 35 da CRM.
 16. VARELA, Antunes, *op. cit.*, p. 155.
 17. Al. b) do art. 31 da LF.
 18. VARELA, Antunes, *op. cit.*, p. 156.
 19. N° 3 art. 1 da LF.
 20. Estabelecido no art. 35 da CRM.
 21. N° 3 art. 1 da LF.
 22. Segundo VARELA, Antunes, *op. cit.*, p. 157.
 23. Art. 35 da CRM.
 24. VARELA, Antunes, *op. cit.*, p.179.
 25. Art. 93 da LF.
 26. MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 215.
 27. MIRANDA, Jorge, *ibidem*, p. 215.
 28. Art. 35 da CRM.
 29. Art. 2° e 7° da DUDH.
 30. MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 217.
 31. N° 1 do art. 16° da DUDH e art. 11° da CADHP conjugado com art. 43 da CRM.
 32. Art. 35. da CRM.
 33. MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, P. 225.
 34. MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, pp. 221-222.
 35. Privilégios são situações de vantagens infundadas, e discriminações situações de desvantagens. Enquanto discriminações positivas são situações de vantagem fundada, desigualdades de direito em consequência de desigualdades de facto, tendentes à superação destas e, por isso, em geral, de carácter temporário. De acordo com MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 238.
 36. O núcleo imperativo da igualdade de tratamento consubstancia-se no teste da “universalizabilidade” (*sic*) ou “generalizabilidade” (*sic*) da *ratio decidendi*: Barbosa de Melo, *Introdução as formas de concertação social*, Coimbra, 1984, p. 52, *apud* MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 239.
 37. *Vide* MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 238.
-

38. Art. 93 e seguintes da LF.
 39. MIRANDA Jorge, *op. cit.*, p. 247.
 40. Mais concretamente no art. 35.
 41. Mais especificamente, o conteúdo do art. 7 e da alínea e) do art. 53 da LF.
 42. Nº 4 do art. 2 da CRM.
 43. Art. 35 da CRM.
 44. Art. 35 da CRM.
 45. Para mais desenvolvimentos ver: LOCHAK, Danièle, *Égalité et différence, Reflexions sur l'universalité de la règle de droit, in homosexualités et droit – da la tolerance sociale à la reconnaissance juridique*, org. Daniel Borrilo, Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 39-41, *apud* RIOS, Roger Raupp, *A homossexualidade no Direito*, Editora Livraria do Advogado, Esmafe, Porto Alegre, 2001, p.70.
 46. LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. *Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9241>. Acesso em: 07/05/2011.
 47. É neste contexto que se tem vindo a observar cada vez mais Estados a permitirem casamentos ou uniões cívicas entre pessoas do mesmo sexo. A título de exemplo podemos citar: Holanda (2001); Bélgica (2003); Espanha (2005); Canadá (2005); África do Sul (2006); Noruega (2008); Suécia (2009); Massachusetts (2003), Connecticut (2008), Iowa (2009); Vermont (2009). Vide: SANTOS, Duarte dos, *Casamento Entre Pessoas do Mesmo Sexo: Uma Perspectiva Constitucional*. Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/DuarteSantos.pdf. Acesso em: 16/05/2011.
 48. VARELA, Antunes, *op. cit.*, p. 179.
 49. CAMPOS, Diogo Leite de, *op. cit.*, p.185.
 50. Na mesma linha DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, 5º Volume, 21ª Edição, São Paulo, 2006, p. 38-40 *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias*, 2ª Edição Revisita, ampliada e actualizada, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2010, p. 113.
 51. SANTOS, Eduardo dos, *Direito da Família*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 164.
 52. Casamentos urgentes previstos no art. 44 da LF.
 53. Art.35 da CRM.
 54. Art. 2º da CADHP.
-

55. Art. 2º da DUDH.
 56. A homossexualidade é definida como a preferência sexual por indivíduos do mesmo sexo. Este conceito é um tanto vago, já que o termo “preferência” pode conotar a tendência a escolher, e hoje se reconhece que a homossexualidade não é mais vista como opção, mas como uma orientação sexual normal. Para mais desenvolvimentos vide: <http://homossexualidade.sites.uol.com.br/index1.htm>. Acesso em: 17/04/2011.
 57. RIOS, Roger Raupp, *op. cit*, p.38.
 58. Vide: <http://homossexualidade.sites.uol.com.br/index1.htm>. Acesso em: 17/04/2011.
 59. Orientação sexual é entendida como a identidade atribuída a alguém em função da direcção do seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade), ou de ambos os sexos (bissexualidade), segundo WINEMUTE, R., *Sexual orietation and human rghs: the United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, New York: Oxford University Press, 1995, p. 6-10, *apud* RIOS, Roger Raupp, *ibidem*, p. 90.
 60. Para mais detalhes vide: <http://homossexualidade.sites.uol.com.br/index1.htm>. Acesso em: 17/04/2011.
 61. No dia 1 de Janeiro de 1993, a OMS retirou a *homossexualidade* de sua lista de doenças mentais, uma grande vitória contra as ideias pré-concebidas, mas não propriamente contra o preconceito, que existe devido à crença de que os homossexuais têm alternativa e que só é homossexual quem quer. A decisão se baseou, principalmente, no facto de que não foi provada qualquer diferença entre a saúde mental de um indivíduo heterossexual e a saúde mental de um homossexual. Porém, ainda prevalece o estigma social que liga a *homossexualidade* à doença. Para mais desenvolvimentos vide: <http://homossexualidade.sites.uol.com.br/index1.htm>. Acesso em: 17/04/2011.
 62. Segundo a OMS, CID-10- *Classificação de transtornos Mentais e de Comportamento. Critérios, diagnósticos para pesquisa*, Porto Alegre: Artes Medicas, 1988, p. 155, e o reconhecido Compêndio de Psiquiatria Dinâmica de Kaplan e Sandock (Porto Alegre, Editora Artes Medicas, 4ª Edição, 1988), *apud* RIOS, Roger Raupp, *op. cit*, p. 46.
 63. Carlos Pamplona Corte-Real, também se pronuncia neste sentido *in* CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona, MOREIRA, Isabel e d'ALMEIDA, Luís Duarte, *O Casamento Entre Pessoas do Mesmo Sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577º e 1628º, alínea e), do Código Civil*, Almedina, Coimbra, 2008, p.26.
 64. Vide art. 30, 31 e 32, todos da LF, estabelecem os impedimentos matrimoniais e deles não consta a impotência, *nem coeundi, nem generandi*.
-

-
65. *Vide* art.56 da LF.
 66. Art. 61 da LF.
 67. FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson, *op. cit.*, p. 114.
 68. SANTOS, Eduardo dos, *op. cit.*, p. 164.
 69. Art. 35 da CRM.
 70. VARELA, Antunes, *op. cit.*, p. 179.
 71. FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson, *op. cit.*, p. 114.
 72. Art. 93 da LF.
 73. FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson, *op. cit.*, p. 111.
 74. Neste sentido também se pronunciou Luís Duarte d'Almeida *in* CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona, MOREIRA, Isabel e d'ALMEIDA, Luís Duarte, *op. cit.*, p. 69.
 75. N° 1 e 2 do art. 12 da CRM.
 76. PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 31, *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson, *op. cit.*, p. 112.
 77. Art. 35 da CRM,
 78. MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 239.
 79. Art. 43 da CRM.
 80. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 296.
 81. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *op. cit.*, p. 298.
 82. Art. 35 da CRM.
 83. De acordo com CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, p. 1224, Princípio da máxima efectividade ou da eficácia ou ainda da interpretação efectiva impõe que a uma norma constitucional deva ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Este princípio é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais para significar que no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.
 84. Art. 43 da CRM.
 85. RIOS, Roger Raupp, *op. cit.*, p. 72.
 86. RIOS, Roger Raupp, *op. cit.*, p.73.
 87. N° 1 do art. 4 da Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto, LT.
-

88. Concretamente no art. 7 e na al. e) do art. 53 da LF.
 89. Art. 35 da CRM.
 90. Art. 35 da CRM.
 91. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, Tradução: Maria Celeste C. J. Santos, 10ª Edição, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1999, pp. 110 à 113. Ele acrescenta ainda que a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exactidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.
 92. Nº 3 do art. 1 da LF.
 93. Vale a pena voltar a lembrar aqui o conceito de direitos fundamentais, como posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja formal, seja material, donde temos direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material, segundo MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 52.
 94. Art. 42 da CRM.
 95. Art. 5º da CADHP.
 96. Na expressão de Ernest Benda, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, in *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Publica e Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales, S.A., 1996, p. 121 *apud* RIOS, Roger Raupp, *op. cit.*, p. 89.
 97. Ingo Wolfgang SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 60 *apud* RIOS, Roger Raupp, *ibidem*, p. 90.
 98. Segundo Daniel BORRILLO, *L’homophobie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, p. 22 *apud* RIOS, Roger Raupp, *op. cit.*, p. 91: “*Heterossexismo é a crença na existência de uma hierarquia entre as sexualidades, onde a heterossexualidade é colocada em uma posição de superioridade diante da homossexualidade*”.
 99. De acordo com David GREENBERG, *The Construction of Homosexuality*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988, p. 463, *apud* RIOS, Roger Raupp, *op.*
-

cit, p. 91, homofobia é definida como o medo ou a raiva irracional e patológica dirigida contra homossexuais.

100. FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson, *op. cit*, p. 12.
101. Estado Social ou do Bem-Estar busca implementar a seguinte premissa lógica: “é preciso ter para ser”. Ou seja, é necessário ter, materialmente, um mínimo de direitos assegurados e realizados, para que o indivíduo possa ser, realmente, um cidadão. Os direitos sociais são todos indisponíveis (não potestativos), pois são um meio para se alcançar a plenitude do ser humano, ou seja, a dignidade humana. Para mais desenvolvimentos ver: LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9241>. Acesso em: 07/05/2011.
102. O Estado moçambicano pretende-se de Direito Democrático, de acordo com o art. 3º da CRM. Segundo MARTINEZ, Vinício C., Estado Democrático de Direito Social. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4613>. Acesso em: 07/05/2011. Estado Democrático de Direito Social é a organização do complexo do poder em torno das instituições públicas, administrativas (burocracia) e políticas (tendo por *a priori* o Poder Constituinte), no exercício legal e legítimo do monopólio do uso da força física (violência), a fim de que o povo (conjunto dos cidadãos activos), sob a égide da cidadania democrática, do princípio da supremacia constitucional e na vigência plena das garantias, das liberdades e dos direitos individuais e sociais, estabeleça o bem comum, o *ethos* público, em determinado território, e de acordo com os preceitos da justiça social (a igualdade real), da soberania popular e consoante com a integralidade do conjunto orgânico dos direitos humanos, no tocante ao reconhecimento, defesa e promoção destes mesmos valores humanos. De forma resumida, pode-se dizer que são elementos que denotam uma participação soberana em busca da verdade política.
103. Nº 2 do art. 119 da CRM.
104. *Vide* MIRANDA, Jorge, *op. cit*, p. 238.
105. Porém, tendo em conta todos estes argumentos a favor da inconstitucionalidade da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, estas podem contrair matrimónio em Moçambique, apesar da proibição constante da Lei da Família. As coisas sucederão mais ou menos da seguinte maneira: Duas pessoas do mesmo sexo que pretendam contrair matrimónio terão a sua pretensão negada pelo conservador, em sede de processo preliminar de publicações, em conformidade com o art.38 da LF conjugado com o art. 163 e seguintes do CRC, com fundamento na inexistência do casamento, nos termos do art. 7 combinado com o art. 53 al. e), ambos da LF, por conseguinte, o conservador deverá remeter o processo para decisão judicial, de acordo com o n.º 3 art. 173 do CRC. E aqui, vários cenários podem-se colocar. Um dos cenários seria que o juiz, em conformidade com o art. 214 da CRM, optasse por não aplicar a LF dada a sua contradição com a Constituição resultante da contradição entre o art.7 e art. 53 al. e) da LF com o art.35 da CRM e do disposto no art. 2.º n.º 4, também da

CRM, remetendo de imediato a sua decisão ao Conselho Constitucional para fiscalização concreta da constitucionalidade dos artigos em causa, em conformidade com o n.º 1 al. a) do art. 247 da CRM.. O Conselho Constitucional, por sua vez, dados os argumentos convergentes na inconstitucionalidade das normas desaplicadas, deverá declarar a inconstitucionalidade das mesmas. Deste modo, por força da decisão do Conselho Constitucional, o juiz da primeira instância decidirá pela inexistência de impedimentos matrimoniais e devolverá o processo ao conservador que, por sua vez, deverá, então, no seu despacho final, em conformidade com o n.º 1 do art. 175 do CRC, autorizar a celebração do casamento.

106. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>. Acesso em: 08/05/2011
 107. RIOS, Roger Raupp, *op. cit.*, p. 94.
 108. De acordo com LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9241>. Acesso em: 07/05/2011. o Estado Democrático de Direito, assente nos pilares da democracia e dos direitos fundamentais, surge como uma forma de barrar a propagação de regimes totalitários que, adoptando a forma de Estado Social, feriam as garantias individuais, maculando a efectiva participação popular nas decisões políticas. No Estado Democrático de Direito coexistem harmonicamente o Princípio da Soberania do povo, aplicada através do regime democrático e o da Legalidade, herança do Estado Liberal.
-

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, Tradução: Maria Celeste C. J. Santos, 10ª Edição, Editora Universidade de Brasília, Brasília;

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição Revista e Atualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 2005;

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003;

CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona, MOREIRA, Isabel e d'ALMEIDA, Luís Duarte, *O Casamento Entre Pessoas do Mesmo Sexo. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577º e 1628º, alínea e), do Código Civil*, Almedina, Coimbra, 2008;

FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias*, 2ª Edição Revista, ampliada e actualizada, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2010;

ISSÁ, Abdul Carimo Mahomed, MUCHANGA, Adelino Manuel, SACRAMENTO, Luís Felipe, LUCAS, Osório, *Lei da Família Anotada*, Unidade Técnica de Reforma Legal, Maputo, 2006;

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV- Direitos Fundamentais, 3ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2000;

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

RIOS, Roger Raupp, *A homossexualidade no Direito*, Editora Livraria do Advogado, Esmafe, Porto Alegre, 2001;

SANTOS, Eduardo dos, *Direito da Família*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999;

SOUSA, Marcelo Rebelo de, GALVAO, Sofia, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª Edição, LEX, Lisboa 2000;

VARELA, Antunes, *Direito da Família*, Volume-I, 4ª Edição Revista e Actualizada, Livraria Petrony, Lda, Lisboa, 1993.

LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. *Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos*. Disponível em:

<http://jus.com.br/revista/texto/9241>. Acesso em: 07/05/2011;

MARTINEZ, Vinício C, *Estado Democrático de Direito Social*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4613>. Acesso em: 07/05/2011;

SANTOS, Duarte dos, *Casamento Entre Pessoas do Mesmo Sexo: Uma Perspectiva Constitucional*. Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Duarte

Santos.pdf. Acesso em: 16/05/2011.

<http://homossexualidade.sites.uol.com.br/index1.htm>. Acesso em: 17/04/2011;

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>. Acesso em: 08/05/2011

Carta Africana do Direitos do Homem e dos Povos 1981/86;

Código Civil de 1966;

Código do Registo Civil;

Constituição da República de 2004;

Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948;

Lei da Família;

Lei do Trabalho.
