

## **DIREITO À LIBERDADE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL SOB O OLHAR DO GARANTISMO DE FERRAJOLI**

**Maria Goretti dal Bosco<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O presente estudo aborda a discussão da existência do direito à liberdade de orientação sexual no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, como direito implícito, e o processo para sua positivação, tendo como base os estudos realizados da teoria do Garantismo Jurídico, de Luigi Ferrajoli, e da teoria dos direitos fundamentais, de Robert Alexy. O trabalho avalia os direitos fundamentais na concepção de ambas as teorias, o direito fundamental de liberdade, seu conceito, conteúdo e formas, na tentativa de encontrar nele o direito à liberdade de orientação sexual, passando pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu recentemente a união estável homoafetiva, e pelos artigos principais do Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, elaborado pela Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

**PALAVRAS CHAVE:** Garantismo Jurídico; Direitos fundamentais; Uniões homoafetivas; Liberdade de orientação sexual.

**RIASSUNTO:** Questo documento affronta la discussione dell'esistenza del diritto alla libertà di orientamento sessuale nel sistema legale brasiliano, come diritto implícito, e anche il processo per la positivizzazione di quello diritto sulla base degli studi della teoria del Garantismo Giurídico di Luigi Ferrajoli, e la teoria dei diritti fondamentali di Robert Alexy. Si valuta anche i diritti fondamentali nella progettazione dientrambe le teorie, il diritto fondamentale alla libertà, il suo concetto, contenuti e forme, dove si intenta trovare il diritto alla libertà di orientamento sessuale, attraverso la giurisprudenza della Corte Costituzionale, que ha riconosciuto l'unione affettiva omosessuale permanente fra persone di stesso sesso. Anche si affronta gli articoli principali del progetto dello Statuto per la Diversità Sessuale, preparato dalla Commissione Speciale del Consiglio Federale degli Avvocati del Brasile.

**PAROLE CHIAVE:** Garantismo Giurídico; Diritti fondamentali; Unioni affettivi omosessuale; Libertà di orientamento sessuale.

---

<sup>1</sup> Professora dos cursos de graduação e pós graduação da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Pesquisadora do curso de Direito da Unaes-Anhanguera, em Campo Grande-MS. <http://lattes.cnpq.br/1935675385406842>

## INTRODUÇÃO

“A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.”<sup>2</sup>

A decisão do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, de reconhecer a união estável de pessoas do mesmo sexo, a chamada união homoafetiva,<sup>3</sup> acelerou a discussão sobre uma pauta de direitos das pessoas de orientação homossexual, contemplando, entre outros, um direito à liberdade de orientação sexual, como forma de assegurar a igualdade a uma parcela hoje bastante significativa da sociedade, constatação que pode ser feita pela infinidade de ações protocoladas no Judiciário em busca de soluções das mais variadas, desde o reconhecimento de uma união afetiva e patrimonial, até a adoção de crianças.

A carga de moralidade que cerca a discussão do direito à liberdade de orientação sexual dificulta o aperfeiçoamento da tese e a construção do direito do ponto de vista formal, antes de tudo. A influência da religião é, igualmente, importante na trajetória de construção desse direito, uma das razões importantes para que, até então, o Congresso Nacional não tenha votado a regularização dos direitos das parcerias homoafetivas.

Importante observar que a crescente busca no Judiciário de decisões que reconheçam direitos aos relacionamentos homoafetivos parece denotar, também, um início de consolidação da consciência de um segmento de indivíduos de que seus direitos não estão contemplados no ordenamento jurídico e, por isso, são difíceis e, muitas vezes, impossíveis de ser concretizados.

Neste trabalho, cujo embasamento é da teoria garantista, de Luigi Ferrajoli, e de uma abordagem da teoria dos direitos fundamentais, de Robert Alexy, pretende-se avaliar a existência do direito à liberdade de orientação sexual, de forma implícita no Direito brasileiro,

---

<sup>2</sup> Art. 5o. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

<sup>3</sup> A palavra “homoafetivo” é a junção da palavra *homo*, que dá a ideia de “semelhante”, e a palavra *affectu*, do latim, que se traduz por “afeiçoado”. Foi usada, pela primeira vez, pela desembargadora do TJ/RS, Maria Berenice Dias, na obra *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. A palavra será usada neste trabalho para identificar as relações e pessoas de orientação homossexual.

e também a possibilidade de sua positivação na Constituição Federal, a partir da separação entre direito e moral, estabelecida por Ferrajoli.

Para atingir esses objetivos aborda-se a teoria dos direitos fundamentais de Ferrajoli e de Alexy, para compreender a localização e conceituar do direito de liberdade, verificando o suas formas e seu conteúdo, de modo a desvendar a existência, ali, de um direito à liberdade de orientação sexual.

Avalia-se, ainda, as espécies de famílias reconhecidas pelo ordenamento brasileira, a partir da Constituição Federal, em seu art. 226, e no Código Civil, assim como a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável homoafetiva, e a possibilidade de que, como consequência, tais uniões possam ser convertidas em casamento. Finalmente, se perpassa pelos artigos principais do recém-criado Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, por parte da Comissão Especial da Diversidade Sexual, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), documento que significa uma tentativa concreta de regulamentar o direito à liberdade de orientação sexual e de gênero.

## **I. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA VISÃO GARANTISTA DE FERRAJOLI**

As ampliações e transformações dos direitos fundamentais do homem, no desenrolar histórico da luta pelo seu reconhecimento, dificultam a atribuição de um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se utilizarem várias expressões para designá-los, tais como: “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, e direitos fundamentais do homem”.<sup>4</sup> Os direitos fundamentais da pessoa são direitos válidos para todos e em todos os povos. Esses direitos advêm da própria natureza humana, possuindo caráter indivisível, interdependente e universal, tendo como objetivo proteger e garantir os direitos dos seus titulares no âmbito mundial.<sup>5</sup>

A primeira fase da história dos direitos fundamentais do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem, enquanto tal, independente de Estado, e partia da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do

---

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 179.

<sup>5</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 32.

homem são poucos e essenciais, compreendendo o direito à vida e à sobrevivência, bem como o direito à propriedade e o direito à liberdade.<sup>6</sup>

O Garantismo Jurídico, desenvolvido por Luigi Ferrajoli, tem o Estado de Direito como um aparato político jurídico limitado pelo Direito, superando o processo que impõe uma subordinação dos direitos individuais e coletivos ao sucesso de planos econômicos. Tendo como pressuposto a centralidade da pessoa, o Garantismo funciona como sistema de garantias que perpassa a Constituição e se apresenta como mecanismo de limitação dos poderes da Administração Pública. Desta forma, os poderes, sejam públicos ou privados, ficam funcionalizados aos direitos fundamentais.<sup>7</sup> Para o autor, existe a possibilidade de reinterpretar o contrato social, a partir da consideração de um esquema de justificação do Estado enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais. Dessa forma, é lícito reconhecer o contratualismo como a primeira doutrina embrionária da democracia, [...não apenas da democracia política ou formal (...) mas, também, e sobretudo, da democracia substancial, aquela em que é possível fundar sobre a garantia de seus direitos”].<sup>8</sup>

Luigi Ferrajoli redefine os direitos fundamentais, em contraposição a todas as outras situações jurídicas, como aqueles cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a “todos” em igual medida, como condições de identidade de cada pessoa e/ou como cidadão.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais assume a finalidade de reforçar a normatividade desses direitos, de modo a colocar em evidência a natureza de direitos constitucionais e a força normativa autônoma, que os autoriza a irradiarem efeitos frente à carência de lei concretizadora.<sup>9</sup>

No conceito de Ferrajoli, direitos fundamentais são os [...direitos dos quais todos são titulares enquanto pessoas naturais, ou enquanto cidadãos, ou, quando se trate de direitos potestativos, enquanto capazes de agir, ou enquanto cidadãos capazes de agir”].<sup>10</sup> São direitos subjetivos, ou, interesses juridicamente protegidos em forma de expectativas positivas ou

---

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 73.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. O Estado Constitucional de Direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. *Revista do Ministério Público*. N. 61, 1996, p. 10-11.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995, p. 883. Tradução livre do espanhol.

<sup>9</sup> FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 70.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*, v. I, p.734, tradução livre do italiano. Por “capacidade de agir” pode-se compreender, conforme a interpretação das construções feitas por Ferrajoli, a capacidade de fato da pessoa natural.

negativas, e que são devidos somente às pessoas naturais, e não às pessoas artificiais. São direitos subjetivos previstos nas normas jurídicas. Daí porque não podem existir direitos chamados “naturais”, segundo Ferrajoli, dado que, em estado natural, não se pode falar de expectativas e, muito menos, de direitos fundamentais.<sup>11</sup>

Considerando a crise dos dias atuais e, na tentativa de estabelecer novos vínculos capacitadores de um sistema de proteção aos direitos fundamentais, a teoria garantista propõe: [... um modelo de ordenamento dotado de meios de invalidação de cada exercício de poder em contraste com normas superiores postas para tutela de direitos fundamentais”].<sup>12</sup>

A teoria garantista vislumbra, na estrutura nomodinâmica do direito moderno, a obrigatória distinção entre os direitos e suas garantias, em virtude do princípio da legalidade como norma de reconhecimento das normas positivamente existentes.<sup>13</sup> Também é a mesma estrutura que obriga a admitir que os direitos existem se, e só se, estão normativamente estabelecidos, da mesma forma como as garantias constituídas pelas obrigações e as proibições correspondentes existem se, e só se, também elas se encontram normativamente estabelecidas,<sup>14</sup> sendo válido o raciocínio tanto para os direitos de liberdade, chamados negativos, quanto para os direitos sociais, chamados positivos.

As garantias, segundo Ferrajoli,<sup>15</sup> são de duas espécies: garantias primárias e secundárias. As primárias, ou de primeiro grau, previstas em normas primárias, implicam a obrigação de prestações ou a proibição de lesões dispostas como garantias de um direito subjetivo; as garantias secundárias, contempladas em normas secundárias, significam a obrigação de anular ou de condenar um ato inválido ou da responsabilidade por um ato ilícito. Assim, as garantias primárias representam garantias dos próprios direitos, enquanto que as secundárias, dizem respeito à anulabilidade e responsabilidade por desrespeito às garantias primárias.

Os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que indicam obrigações positivas aos entes estatais no âmbito social, limitam negativamente a atuação do Estado, privilegiando a liberdade dos indivíduos. Esses direitos fundamentais representam o substrato da democracia material, uma vez que seriam válidos em qualquer filosofia política ou jurídica, vinculando os

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, v. I, *op. cit.*, p.727, tradução livre do italiano.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 811.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. 2. ed. Traducción de: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 63.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*, v. I, p. 668-69, tradução livre do italiano.

poderes.<sup>16</sup> Como afirma Ferrajoli, os direitos fundamentais não supõem normas, mas são as mesmas normas.<sup>17</sup>

### 1.1. Direito e moral no garantismo jurídico

Para compreender o direito à liberdade de orientação sexual segundo uma visão garantista é necessário estabelecer a distinção feita por Ferrajoli<sup>18</sup> entre Direito e Moral enquanto diferentes sistemas normativos. O autor afirma que o primeiro requisito da democracia liberal, em conexão com o papel do direito como instrumento de garantia, é a imunidade das pessoas diante da possibilidade de constringões ou prescrições de natureza ideológica ou religiosa, ao lado da separação entre o público e o privado, afirmada com o nascimento do Estado moderno e com a simultânea laicização e secularização do direito.

Assim, na separação dessas duas esferas, configurada no pensamento liberal pela separação entre direito e moral, ou, entre Estado e religião, se baseia a tutela da liberdade de consciência e de pensamento. E isso, afirma o autor, permanece ainda hoje como uma proposta a ser repisada sempre – contra as intolerâncias e invasões das religiões e também de quaisquer tipos de dogmatismo ético ou político – [... nas mais gerais relações entre Estado e Igreja, entre o direito e as diferentes éticas e culturas, a garantia das liberdades fundamentais e do pluralismo político, religioso, moral e cultural”].<sup>19</sup>

A tese da separação entre direito e moral é, para o autor, [...um corolário do positivismo jurídico, ou seja, da afirmação do princípio da legalidade qual norma de reconhecimento do direito vigente”].<sup>20</sup> Neste sentido, o autor recorda que a tese expressa duas autonomias recíprocas: uma, do direito em relação à moral, compreendida aqui no seu sentido lato, e outra, da moral em relação ao direito enquanto esferas – uma pública e outra privada – distintas e separadas.

Desse modo, [...o direito não é e não pode ser derivado da moral, isto é, considerado “justo”, ou de acordo com uma moral do ser humano, ou cultura”, mas é, exatamente, a “predeterminação convencional confiada ao legislador, a garantia da certeza e, portanto, da igualdade diante da lei, da liberdade contra o arbítrio moral (ou ideológico), e da sujeição à lei

---

<sup>16</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 13.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, v. I, *Op. cit.*, p. 729, tradução livre do italiano.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, v. II, *op. cit.*, p. 309, tradução livre do italiano.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, v. II, *op. cit.*, p. 309, tradução livre do italiano.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, v. II, *op. cit.*, p. 309, tradução livre do italiano.

dos poderes públicos”.<sup>21</sup> A moral, ao contrário, diz o autor, assim como as diversas ideologias, religiões e culturas, não se baseia no direito, ou seja, suas normas heterônomas, se fundam, ao inverso, sobre a autonomia da consciência individual e sobre seu valor como um fim em si mesmo.

A separação entre direito e moral é, ainda, para Ferrajoli, num sentido axiológico, uma consequência do liberalismo político, e, de sua outra face, o utilitarismo jurídico, segundo o qual, o direito e o Estado não encarnam valores morais e nem têm a tarefa de afirmar, sustentar ou reforçar determinada moral, cultura ou religião, nem de tipo laico nem de tipo civil. Ambos, Estado e direito, não devem imiscuir-se na vida moral dos cidadãos, defendendo ou impedindo estilos de vida, credos ideológicos ou religiosos, opções políticas ou culturais. Sua tarefa é a de tutelar as pessoas garantindo a vida, a dignidade, a liberdade, a sobrevivência e a igualdade. Assim, a laicidade do direito e do Estado surge da neutralidade moral, ideológica e cultural, da mesma forma como a exclusão de apoio legal ou heterônimo implica a autenticidade da ética laica.<sup>22</sup>

A laicidade do Estado e a ética laica, ensina Ferrajoli, devem ser entendidas como a recíproca autonomia entre direito e moral, entre instituições jurídicas e ideologia política. Isto importa a rejeição meta-ética e meta-política de duas contrapostas confusões, ambas de característica autoritária e tendência totalitária: de um lado, a fundação moralista do direito representada pela reivindicação jusnaturalista de imposição jurídica de determinada moral, religião ou ideologia como fonte exclusiva do direito “justo”; de outro, a da fundação jurídica da moral expressada pela reivindicação da corrente oposta, a de natureza ético-estatal, que tem na apriorística valorização ética do direito e do Estado as fontes e expressões exclusivas e exaustivas da “verdadeira” ou da “única” moral.

## **1.2. Direito à liberdade enquanto direito fundamental**

Ferrajoli classifica os direitos fundamentais em direitos da pessoa e do cidadão, e direitos primários e secundários. O próprio autor considera a segunda divisão mais importante, porque se funda sobre o caráter de “direitos-poderes”. Os direitos primários, ou substanciais, são possíveis a todas as pessoas naturais e a todos os cidadãos – entendida aqui a cidadania como o pertencimento à ordem jurídica de determinado Estado – independente da capacidade de agir, como o direito à vida e à integridade pessoal, os direitos de liberdade e os

---

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, v. II, *op. cit.*, p. 309, tradução livre do italiano.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, v. II, *op. cit.*, p. 309-310, tradução livre do italiano.

direitos sociais. Os direitos secundários, ou instrumentais, são direitos potestativos, possíveis àqueles que dispõem de autodeterminação instrumental, a autonomia privada ou política de seus titulares, ou seja, todas as pessoas ou cidadãos dotados de capacidade de agir, como os direitos políticos, os direitos de contratar, de agir pessoalmente em juízo, entre outros.<sup>23</sup>

A liberdade, portanto, segundo o autor, é um direito fundamental de natureza primária, conferido a todas as pessoas naturais ou cidadãos capazes de agir. Os direitos primários são também considerados por Ferrajoli enquanto humanos e públicos, outra distinção que o autor faz entre direitos humanos, civis, públicos e políticos. Assim, direitos humanos são aqueles cujos titulares são todas as pessoas naturais, e os públicos, os cujos detentores são todos os cidadãos no âmbito interno de seus Estados. Logo, a liberdade deve ser considerada também como um direito humano.<sup>24</sup>

### 1.2.1. Conceito e conteúdo do direito à liberdade

O direito de liberdade, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 4º,<sup>25</sup> é concebido como a possibilidade que cada pessoa tem de realizar tudo o que não prejudique ao outro, sendo obrigatório que as restrições a esse direito estejam determinadas apenas por lei. Robert Alexy<sup>26</sup> fala de um direito geral de liberdade, presente na Constituição alemã, e interpretado pelo Tribunal Constitucional Federal há alguns anos de modo extensivo, a ponto de ter considerado o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 2º., parágrafo 1º. da Constituição, como um direito à liberdade geral de ação. A concepção ampla do direito geral de liberdade, adotada pelo Tribunal traduz a ideia de que aquele direito pode, muito mais do que proteger ações, ser estendido à proteção de situações e posições jurídicas do titular de direitos fundamentais. Significa que o direito não protege somente o “fazer”, mas também, o “ser” fático e jurídico, o que o torna [...um direito exaustivo à liberdade geral contra intervenções”.<sup>27</sup>

Na doutrina brasileira, José Afonso da Silva define o direito à liberdade como [...um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade, ou, ainda,

---

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, v. I, *op. cit.*, p.734, tradução livre do italiano.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, v. I, *op. cit.*, p. 739, tradução livre do italiano.

<sup>25</sup> O texto do art. 4º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é o seguinte: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã, por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 341-342.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 343-344.



a possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.<sup>28</sup> Na concepção de Bonavides,<sup>29</sup> entretanto, a liberdade compreende um conjunto de direitos civis e políticos que ele classifica como de primeira geração, os quais [...têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico”. Em verdade, segundo o autor, são direitos de resistência ou de oposição diante do Estado.

Alexy<sup>30</sup> discute a possibilidade de que um direito geral de liberdade pudesse ser vazio de conteúdo e de substância, argumento utilizado por parte da doutrina alemã<sup>31</sup> que ele desfaz afirmando que esse direito tem muito mais vantagens do que desvantagens, a partir da aplicação da chamada “lei do sopesamento”, ou seja, [...o aumento do grau de afetação de um princípio exige um correspondente aumento no grau de importância na satisfação do princípio colidente”. Além disso, na concepção do Tribunal Constitucional Federal, [...quanto mais a intervenção legal afetar expressões elementares da liberdade de ação humana, tanto mais cuidadosamente devem ser sopesadas as razões utilizadas como fundamentação contra a pretensão básica de liberdade dos cidadãos”.<sup>32</sup>

José Afonso da Silva<sup>33</sup> afirma que a História é prova de que o conteúdo da liberdade é ampliado conforme a evolução da humanidade e se fortalece e se estende de acordo com o alargamento da atividade do homem. Por isso mesmo, diz o autor, “liberdade é conquista constante”. Como elementos da liberdade, relaciona o poder de atuação, que não deixa de ser resistência à opressão, e não é voltado contra, mas, [... “em busca” de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um ...”].

Ferrajoli refere-se a um conjunto de direitos chamado de “direitos de liberdade”.<sup>34</sup> E ainda faz distinção entre direitos de liberdade e direitos de autonomia, e entre liberdade negativa (*liberty from*) e liberdade positiva (*liberty of*). Os direitos de autonomia, pertencentes à categoria dos direitos civis, e, portanto, secundários, são os que compreendem a aquisição e

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 236.

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 517. O autor fala da segunda e terceira gerações de direitos como sendo, respectivamente, os direitos da igualdade e da fraternidade.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 349.

<sup>31</sup> Por todos, GRABITZ, Eberhard. *Freiheit und Vefassungsrecht*, apud ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 346.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 349.

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. *Op. cit.*, p. 236.

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, v. I, *op. cit.*, p. 157-158, 752-753, tradução livre do italiano

disposição dos bens de propriedade e todos os direitos civis conexos à autonomia negocial, enquanto os direitos de liberdade, pertencentes ao grupo dos direitos primários, abarcam os de expressão, de reunião, de associação e a liberdade pessoal.

A liberdade negativa é o que o autor chama de “liberdade passiva”, ou, a proibição de lesões ou restrições por parte de quem quer que seja que limitem a liberdade dos titulares. A liberdade positiva compreende um direito e uma faculdade, chamada de “liberdade ativa”, a qual não corresponde a nenhuma expectativa, positiva ou negativa em relação a outros sujeitos. A primeira é considerada [... a “liberdade-imunidade”, qual “não impedimento”, ou, “não constrição”, assegurada pela proibição a outros de violá-la. É o que Montesquieu definiu como ‘direito de fazer tudo o que as leis permitem’”. A segunda, chamada de [...“liberdade-faculdade”, qual “autodeterminação” ou “autonomia”, assegurada pela ausência de obrigações ou proibições vinculadas ao seu exercício, definida por Rousseau como ‘obediência à lei que é prescrita’ ao titular da liberdade”.<sup>35</sup>

### **1.2.2. Formas de liberdade e a liberdade de orientação sexual**

José Afonso da Silva<sup>36</sup> ensina que ao direito positivo interessa cuidar apenas da liberdade objetiva, ou seja, da liberdade de fazer, de atuar, sentido no qual se pode inserir o termo “liberdades”, no plural, que seriam formas da liberdade, no direito constitucional positivo. O autor divide em cinco grandes grupos de liberdades consagradas na Constituição brasileira: liberdade da pessoa física; liberdade de pensamento; de expressão coletiva; de ação profissional; e liberdade de conteúdo econômico e social.<sup>37</sup>

No âmbito da liberdade da pessoa física, segundo o autor, se compreendem as liberdades de locomoção e de circulação; no âmbito da liberdade de pensamento estão inseridas as liberdades de opinião, religião, informação, artística, comunicação e conhecimento; no campo da liberdade de ação profissional o autor insere a livre escolha e exercício de trabalho, ofício e profissão; e dentro da liberdade de conteúdo econômico e social se compreendem a liberdade econômica, de livre iniciativa, de comércio, de autonomia contratual, de ensino e liberdade de trabalho.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, v. I, *op. cit.*, p. 158, tradução livre do italiano.

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. *Op. cit.*, p. 237-238.

<sup>37</sup> Não faz parte dos objetivos deste trabalho a discussão pormenorizada das formas de liberdade. A abordagem aqui atende à necessidade de localizar no âmbito dessa classificação, ainda que de forma implícita, a liberdade de orientação sexual.

Na prática do Tribunal Constitucional Federal alemão, o direito geral à liberdade é associado ao conceito de dignidade humana, o que, segundo Alexy,<sup>38</sup> de forma alguma torna aquele direito ilimitado. Trata-se, segundo o autor, [...da liberdade de um indivíduo referido e vinculado a uma comunidade”, o que não descaracteriza também a conexão entre dignidade e liberdade negativa. O Tribunal tem consolidada a ideia de que cabe ao indivíduo conformar-se com as restrições impostas pelo legislador à sua liberdade de ação, dado que estas tem como objetivo [...manter e fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que a independência da pessoa seja preservada”.

Em princípio, parece adequado que um direito pertencente à esfera íntima do indivíduo pudesse estar inserido numa das formas do direito geral de liberdade, como faz José Afonso da Silva. A construção dos cinco grupos de formas de liberdade, feita pelo autor, entretanto, parece não oferecer facilmente a possibilidade de uma inclusão do direito à liberdade de orientação sexual em nenhuma das classificações. Isto porque entre os cinco grupos elencados, não parece não haver qualquer identificação com direitos de intimidade. Nem mesmo junto ao grupo dos direitos de liberdade de pensamento parece estar confortável a inclusão do direito de orientação sexual.

Logo, o direito de liberdade de orientação sexual, embora não previsto de forma expressa na Constituição brasileira, parece estar enquadrado entre os chamados por Alexy<sup>39</sup> de “direitos de liberdade implícitos”, ou seja, direitos mais específicos que o geral, e qualificados pela passagem por uma configuração e uma concretização jurisprudenciais. Seu fundamento está em normas de direito judicial, as quais se produzem com base na norma jurídica geral da liberdade. Esta construção se dá de acordo com a teoria das três esferas de proteção ao direito geral de liberdade, desenvolvida pelo autor, com diferentes graus de intensidade decrescente: a esfera mais interior, correspondente à esfera íntima inviolável do indivíduo; a esfera privada ampliada, na qual se insere o âmbito privado, mas, que está fora da primeira, mais interior; e a esfera social, dentro da qual está incluído tudo o que não puder ser inserido ao menos dentro da esfera privada ampliada.<sup>40</sup>

Assim, ainda que não expressamente previsto na CF brasileira, pode-se compreender a presença implícita do direito à livre orientação sexual no âmbito dos direitos fundamentais

---

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 357.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 369.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 360-361.

individuais da pessoa, inserido no art. 5º. *caput*, como uma das formas do direito à liberdade. Isso é possível porque a possibilidade de escolha de orientação diversa da heterossexual já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e a Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, que reconheceu a união estável para pessoas do mesmo sexo, (Item II, adiante).

Ainda que de forma implícita, como se vê, o direito à liberdade de orientação sexual já pode ser considerado existente no ordenamento brasileiro, com base na teoria alemã dos direitos de liberdade implícitos. A positivação de tal direito na Constituição brasileira, entretanto, parece possível de ser concretizada a partir da orientação garantista, inserindo-se, no inciso X do art. 5º. da Carta, o direito à liberdade inviolável de orientação sexual e identidade de gênero.<sup>41</sup>

### **1.3. Liberdade de orientação sexual sob a ótica do garantismo jurídico**

A existência de um direito à liberdade de orientação sexual, não positivado no ordenamento brasileiro, pode ser aferida a partir da teoria de Ferrajoli justamente em função de uma das características mais importantes da construção garantista: a laicidade do direito. Se, como afirma Ferrajoli, o direito é laico, é possível aferir que um direito existe a partir de sua previsão no texto legal, independente de conotações morais, religiosas ou culturais. Portanto, basta a previsão do direito no ordenamento jurídico, para promover a igualdade formal entre as pessoas, as quais, do ponto de vista do ordenamento jurídico, são iguais. Assim, se pessoas que se orientam sexualmente por preferência heterossexual são protegidas pelo ordenamento, é natural e óbvio que também aquelas cuja orientação sexual ande por caminhos diferentes, ou seja, siga preferência por outros de igual sexo, tenham seu direito de opção abarcado pelo texto legal.

Assim, não pode ser a moral ou a religião a orientar o comportamento do legislador ou do juiz, para a elaboração da lei ou da sentença, mas sim, o texto constitucional, o qual não comporta discriminações, seja de ordem sexual ou de qualquer outra natureza, conforme prevê o art. 3º., inciso IV. Ali está previsto que o bem de todos, sem preconceitos, é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Some-se a isso, a previsão da

---

<sup>41</sup> O texto do inciso X do art. 5º. da Constituição é o seguinte: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”.

igualdade jurídica no art. 5º. *caput*, o qual contempla ainda a inviolabilidade ao direito à liberdade e igualdade, entre outros.

O direito à liberdade de orientação sexual é, portanto, de acordo com a visão garantista, um direito de liberdade negativa, cujo exercício não pode ser obstado por nenhum indivíduo, e nem mesmo pelo Estado.

## **II. LIBERDADE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STF E NO ESTATUTO DA DIVERSIDADE**

### **2.1. As novas famílias e a liberdade de orientação sexual**

A Constituição de 1988, ao tratar do capítulo da Família, a partir do art. 226, sinalizou com uma pequena abertura para a contemplação de famílias diferenciadas daquela que as Constituições anteriores consolidaram como sendo a derivada do casamento civil, prevendo a proteção à família formada pela união estável entre homem e mulher, junto com o dever do Estado de facilitar a sua conversão em casamento. Contemplou, ainda, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. A partir dessa previsão, começaram a chegar aos Tribunais de Justiça as mais diversas entidades familiares, formadas além desses limites: entre avós e netos, tios e sobrinhos, aquelas chamadas anaparentais, formadas por pessoas sem qualquer vínculo biológico, e também as formadas por pessoas do mesmo sexo.

### **2.2. União estável heteroafetiva**

A previsão da união estável na CF 88 para pessoas de sexos diferentes acabou regulamentada por duas leis nos anos 1990: a lei n. 8.971/94 e 9.278/96, ambas consideradas pela maioria da doutrina como insuficientes para regulamentação da matéria à época. Finalmente, em 2002, o novo Código Civil dedicou um título inteiro do livro do Direito de Família, e em apenas cinco artigos regulamentou a matéria, deixando de fora a união homoafetiva, ainda que os tribunais já reconhecessem há alguns anos direitos pessoais e patrimoniais de companheiros do mesmo sexo, inclusive de sucessão.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> O Superior Tribunal de Justiça decidiu em vários casos pela concessão de direitos aos parceiros homoafetivos, no âmbito dos direitos patrimoniais, previdenciários e sucessórios, com tratamento similar ao da união estável heteroafetiva. Veja-se: REsp. 1026981/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. 3ª. T., J. 04.02.2010; REsp. 1244395/RJ.

### 2.3. União estável homoafetiva

A possibilidade de aceitação no âmbito da sociedade de casais ou famílias de pessoas do mesmo sexo ainda é encarada com uma espécie de “pavor fóbico”, baseado [...em preconceitos e resistências fantasmáticas de uma suposta homossexualização da sociedade”].<sup>43</sup> Entretanto, é cada vez maior o número de pessoas que compreendem que a vedação ao casamento e à constituição de família entre os homossexuais é uma espécie grave de discriminação. Mais do que isso, heterossexuais e homossexuais estariam em condições de igualdade em relação ao casamento enquanto contrato público [... que atribui consequências legais a um vínculo emocional, financeiro e psicológico entre adultos, não necessariamente comprometidos com a reprodução biológica”].<sup>44</sup>

No âmbito da legalidade formal desse direito, sua construção tem enfrentado obstáculos de natureza moral e religiosa, tanto no âmbito do reconhecimento pelo Estado quanto pela sociedade. Na Câmara dos Deputados, quase a metade dos membros (280) ostentam confissão religiosa evangélica ou católica e isso exerce expressiva influência sobre seu comportamento nas discussões e votações da Casa.<sup>45</sup> Coube ao Judiciário, portanto, a tarefa de contemplar esses novos direitos, preenchendo o vácuo deixado pelo legislador infraconstitucional. O Supremo Tribunal Federal (STF), numa Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e numa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF),<sup>46</sup> reconheceu a união estável para pessoas do mesmo sexo.

O ministro Ayres Brito, relator das duas ações, invocou a vedação contida no art. 3º. Inciso IV, da CF, de quaisquer discriminações em virtude de sexo, raça e cor e argumentou que ninguém poderia ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. A maioria dos demais ministros acompanhou o entendimento de Brito, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723<sup>47</sup> do Código Civil, excluindo qualquer significado

---

Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª. T., J. 26.04.2011; REsp. 633713/RS. Rel. Min. Vasco Della Giustina. 3ª. T., J. 16.12.2010.

<sup>43</sup> MELLO, Luiz. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, coleção Sexualidade, gênero e sociedade, p. 44.

<sup>44</sup> SULLIVAN, Andrew, *apud* MELLO, Luiz. *Novas famílias, op. cit.*, p. 46.

<sup>45</sup> CASTILHO, Araripe. Convocação de Palocci vira decisão pessoal para bancada religiosa. *Folha de São Paulo on line*. 26.05.2011. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/921443-convocacao-de-palocci-vira-decisao-pessoal-para-bancada-religiosa.shtml>, acesso: 28.09.2011.

<sup>46</sup> STF. Sessão de 05.05.2011. A ADI de n. 4.277 foi proposta no STF pela Procuradoria Geral da República, e a ADPF n. 132 foi ajuizada pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

<sup>47</sup> O art. 1.723 do Código Civil tem a seguinte redação: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família”.

capaz de impedir o reconhecimento de uniões de pessoas do mesmo sexo como entidades familiares.

#### **2.4. O casamento entre iguais: princípio de consolidação da liberdade de orientação sexual**

A decisão do Supremo Tribunal Federal, de dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.273 do Código Civil, abre caminho para a efetivação do casamento homoafetivo. A interpretação sistemática do título III do Livro do Direito de Família leva a crer que também os companheiros do mesmo sexo têm agora o direito de casar-se entre si, uma vez que o art.1.276 faculta a conversão da união estável em casamento, mediante pedido dos companheiros ao Judiciário e assento no Registro Civil.

Essa constatação reforça ainda mais a necessidade de que a Constituição contemple expressamente o direito à liberdade de orientação sexual, e, com isso, abra a possibilidade de ser regulamentada a criminalização das condutas homofóbicas, tal como outros tipos de discriminações, como a existente por motivo de raça.

A decisão do STF tem ainda maior significância quando se recorda, entre outros episódios, da recente rejeição no Congresso, por influência da bancada religiosa, do chamado “kit anti-homofobia”, um conjunto de materiais didático-pedagógicos do programa Escola sem homofobia, do Governo Federal, elaborado pelo Ministério da Educação para ser distribuído nas escolas e destinado aos professores para dar-lhes subsídios na abordagem de temas relacionados à homossexualidade com alunos do ensino médio.<sup>48</sup>

#### **2.5. O direito à liberdade de orientação sexual no Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual.**

O Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, elaborado e aprovado em audiência pública pela Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), presidido pela desembargadora aposentada do TJ-RS, Maria Berenice Dias, tem como primeiro objetivo promover a inclusão de todas as pessoas, combater a discriminação e a intolerância em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero e criminalizar a homofobia, “de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos” (art. 1º). No art. 3º., o

---

<sup>48</sup> GUIMARÃES, Larissa; BERGAMIN JUNIOR, Giba. Bancada quer novo projeto sobre homofobia. *Folha de São Paulo*, Cotidiano, 03.06.2011.

Estatuto prevê que tanto Estado quanto sociedade devem promover a garantia do pleno exercício da cidadania, da igualdade de oportunidades e o direito de participar das atividades da comunidade, especialmente as de natureza política, econômica, empresarial, educacional, cultural e esportiva.

Na interpretação e aplicação do Estatuto, devem ser considerados oito princípios fundamentais, previstos no art. 4º.: a dignidade da pessoa humana; igualdade e respeito à diferença; direito à livre orientação sexual; reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero; direito à convivência comunitária e familiar; liberdade de constituição de família e de vínculos parentais; respeito à intimidade, à privacidade e à autodeterminação; e direito fundamental à felicidade. Como diretriz político-jurídica, o Estatuto adota a “inclusão das vítimas de desigualdade de gênero e o respeito à diversidade sexual”.

O direito à livre orientação sexual e à identidade de gênero são considerados direitos fundamentais no Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual (art. 5º., *caput*),<sup>49</sup> No Título III do documento, esse direito compreende a proibição de discriminação em razão de orientação sexual não apenas da pessoa, mas também a de membros de sua família ou comunidade (art.6º.); a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (art. 7º.); e a proibição de incitação ao ódio ou condutas que possam estimular a segregação motivada por orientação sexual ou identidade de gênero (art. 8º.).

No âmbito penal, são consideradas criminosas condutas discriminatórias ou preconceituosas previstas no Estatuto em razão de orientação sexual ou identidade de gênero, sancionada com pena de reclusão de dois a cinco anos, a mais grave prevista no documento (art. 100). As demais são condutas de incitação à violência motivada por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, punida com reclusão de um a três anos, além da pena pela violência (art.101); discriminação no mercado de trabalho pelas mesmas razões, sancionada com reclusão de um a três anos (art. 102); e discriminação nas relações de consumo, igualmente apenada com reclusão de um a três anos (art. 103).

---

<sup>49</sup> O texto do art. 5o. do Anteprojeto do Estatuto é o seguinte: “A livre a orientação sexual e a identidade de gênero constituem direitos fundamentais”.

“§ 1º. É indevida a ingerência estatal, familiar ou social para coibir alguém de viver a plenitude de suas relações afetivas e sexuais”.

“§ 2º. Cada um tem o direito de conduzir sua vida privada, não sendo admitidas pressões para que revele, renuncie ou modifique a orientação sexual ou a identidade de gênero”.



## CONCLUSÃO

Após a abordagem realizada pode-se chegar a algumas considerações conclusivas, sem a pretensão de esgotar aqui a discussão do tema, cujo tratamento deve alcançar outras esferas, além da jurídica.

O debate da questão é carregado de conotação moral e sofre a influência das religiões, especialmente no Congresso Nacional, onde as bancadas católica e evangélica impõem barreiras à aprovação de leis que promovem a igualdade de direitos entre heterossexuais e homossexuais, tratando o assunto na esfera das infrações morais e religiosas.

Logo, a ausência laicidade nas discussões sobre os direitos das pessoas homossexuais acaba por impedir que se consolidem propostas de proteção a um crescente número de pessoas no Brasil, que adotam preferência pelo mesmo sexo. Por isso, para o reconhecimento de que existe um direito à liberdade de orientação sexual, é necessário que a elaboração da legislação obedeça a critérios de neutralidade, ou seja, nos termos da teoria garantista, segundo a qual, o direito é laico e não pode sofrer interferências, nem da moral, nem da religião, nem da política.

Como proposta de avaliação do tema, conclui-se, do ponto de vista do garantismo jurídico e com base na construção da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, que o direito à liberdade de orientação sexual é um direito fundamental, integra o direito geral de liberdade, a tem natureza de liberdade negativa, contra a qual nenhuma pessoa pode opor-se, nem mesmo o Estado.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, parece possível afirmar que o direito à liberdade de orientação sexual existe enquanto direito implícito ao direito geral de liberdade, dado que sua construção existe no âmbito jurisprudencial, com as inúmeras decisões dos Tribunais que contemplam direitos de parceiros homoafetivos que são assegurados aos casais de orientação heterossexual.

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal de reconhecer as uniões estáveis homoafetivas significou um passo importante para a construção do direito de liberdade à orientação sexual, na medida em que, se no âmbito do Código Civil, a união estável heterossexual pode ser convertida em casamento, também as uniões homoafetivas poderão fazê-lo.

No que se refere à positivação de um direito à liberdade de orientação sexual parece possível que, numa construção baseada no garantismo, levando em conta a laicidade do direito, poderia ser inserido na Constituição, num dos incisos do art. 5º., enquanto direito individual ligado ao direito à intimidade e à vida privada da pessoa, referidas no Inciso X.

Na legislação infraconstitucional parece clara a possibilidade de consolidação desse direito no corpo do Estatuto da Diversidade Sexual, cujo anteprojeto está em discussão promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, através de sua Comissão Especial da Diversidade Sexual.

## REFERÊNCIAS

**ALEXY**, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã, por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

**BOBBIO**, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

**BONAVIDES**, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

**CASTILHO**, Araripe. Convocação de Palocci vira decisão pessoal para bancada religiosa. *Folha de São Paulo on line*. 26.05.2011. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/921443-convocacao-de-palocci-vira-decisao-pessoal-para-bancada-religiosa.shtml>, acesso: 28.09.2011.

**CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**. *Anteprojeto do Estatuto da diversidade sexual*. OAB, 2011.

**DIAS**, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

**FERRAJOLI**, Luigi. *O Estado Constitucional de Direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade*. *Revista do Ministério Público*. n. 61, 1996, p. 10-11.

\_\_\_\_\_. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito e Razão*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. 2. ed. Traducción de: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*, v. I e II. Roma: Editori Laterza, 2007.

**FIGUEIREDO**, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

**GUIMARÃES**, Larissa; **BERGAMIN JUNIOR**, Giba. Bancada quer novo projeto sobre homofobia. *Folha de São Paulo*, Cotidiano, 03.06.2011.

**MELLO**, Luiz. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, coleção Sexualidade, gênero e sociedade.

**ROSA**, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

**SILVA**, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.