

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A PROIBIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM  
HOMENS: uma análise dos princípios constitucionais infringidos, o avanço promovido  
pela ADI nº 5543 e a vedação ao retrocesso.**

**MANOELA MARTINS DE ALMEIDA**

**Rio de Janeiro  
2020.2**

**MANOELA MARTINS DE ALMEIDA**

**A PROIBIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS: uma análise dos princípios constitucionais infringidos, o avanço promovido pela ADI nº 5543 e a vedação ao retrocesso.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade federal do rio de janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Cíntia Muniz de Souza Konder.**

**Rio de Janeiro**

**2020.2**

**MANOELA MARTINS DE ALMEIDA**

**A PROIBIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS: uma análise dos princípios constitucionais infringidos, o avanço promovido pela ADI nº 5543 e a vedação ao retrocesso.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade federal do rio de janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Cíntia Muniz de Souza Konder.**

Data da Aprovação: 03 / 06 / 2021.

Banca Examinadora:

---

Orientador:

Profª Drª Cíntia Muniz de Souza Konder

Membro da Banca:

Profª Drª Andréia Fernandes de Almeida Rangel

Membro da Banca:

Prof. Dr. Rafael Esteves Frutuoso

**Rio de Janeiro**

**2020.2**

## AGRADECIMENTOS

Após cinco longos anos, chega ao fim aquela que foi a experiência mais difícil e prazerosa da minha vida. Desde 2016, quando iniciei o curso de Direito, cada etapa conquistada somente foi possível por todo suporte, carinho e amor compartilhados por todos que, de alguma forma, acompanharam meus cinco anos de graduação.

Dedico este trabalho à minha família, meu alicerce e porto seguro em todas as situações. Aos meus pais - Raimundo e Maria Ivone - agradeço por terem saído do sertão do Ceará em busca de melhores condições de vida e, mesmo diante de todas as adversidades enfrentadas, por terem priorizado a educação das filhas. Todo o esforço dedicado resultou na formação das duas filhas em faculdade públicas de excelência. À minha irmã, Isabela, agradeço por ser inspiração e exemplo.

Minha trajetória em instituições públicas foi iniciada antes da faculdade e do CEFET/RJ eu carreguei irmãos para vida. Agradeço aos meus amigos Jully, Briggs, Juliana, Hellen, Rodrigo, Camila, Queren e Vitor pela constante torcida e apoio nesses 10 anos de amizade.

Agradeço à Atlética da Nacional, por ter sido válvula de escape, por fomentar o esporte universitário e por me possibilitar vestir a camisa e representar a faculdade que eu amo.

Aos meus amigos Alexandre, Ingrid e Vitória, por serem companheiros do primeiro ao último de dia da graduação. Com a certeza de que construí amizades incríveis na Faculdade Nacional de Direito e que levarei para a vida, agradeço à Débora, Carol, Isabelle, Melissa, Flávia e João Pedro por terem acompanhado e vivido comigo o que é a Nacional de Direito.

Por fim, agradeço a todos os professores e demais funcionários da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, que contribuíram para minha formação e para construção da visão do Direito que tenho hoje.

## FICHA CATALOGRÁFICA

### CIP - Catalogação na Publicação

AA447p Almeida, Manoela Martins de  
A PROIBIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS: uma análise dos princípios constitucionais infringidos, o avanço promovido pela ADI nº 5543 e a vedação ao retrocesso. / Manoela Martins de Almeida. -- Rio de Janeiro, 2021.  
78 f.

Orientadora: Cintia Muniz de Souza Konder.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. doação de sangue. 2. vedação ao retrocesso. 3. princípios constitucionais. 4. LGBTQIA+. 5. judicialização da política. I. Konder, Cintia Muniz de Souza, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a proibição de doação de sangue por homens que se relacionam sexualmente com homens, regulamentada por dispositivos da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014, da ANVISA, segundo os princípios constitucionais violados, o avanço promovido pela decisão proferida na ADI nº 5543 e a vedação ao seu retrocesso. Com o intuito de contextualizar a normatização da restrição imposta, aborda-se a epidemia de AIDS, sua associação aos homossexuais e o conseqüente enquadramento destes como grupo de risco, bem como um panorama geral acerca dos direitos da personalidade infringidos. Prosseguindo à análise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543, explanam-se os principais argumentos aduzidos nos votos dos Ministros da Suprema Corte, como forma de estudo da decisão explanada. Ao final, é feita abordagem acerca do controle de constitucionalidade, a não vinculação da atividade legiferante do Poder Legislativo, bem como a possível mudança de composição da Suprema Corte e sua relação com decisões que envolvem minorias sociais, como a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados na ADI 5543.

Palavras-chaves: doação de sangue; LGBTQIA+; judicialização da política; princípios constitucionais; vedação ao retrocesso.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>1. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS .....</b>	<b>8</b>
<b>1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana .....</b>	<b>9</b>
<b>1.2 Princípio da igualdade substancial .....</b>	<b>11</b>
<b>1.3 Princípio da não discriminação .....</b>	<b>14</b>
<b>1.4 Conquistas da comunidade LGBTQIA+ à luz da CF/88.....</b>	<b>17</b>
1.4.1 A consolidação da terminologia homoafetividade .....	17
1.4.2 Atuação do Poder Judiciário na garantia de direitos aos LGBTQIA+ .....	19
1.4.2.1 Reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo .....	19
1.4.2.2 Autorização de mudança do prenome de travestis e transexuais sem necessidade de cirurgia ou autorização judicial .....	21
1.4.2.3 Criminalização da homofobia e da transfobia.....	23
<b>2. NORMATIVIDADE DA RESTRIÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E OS DIREITOS INFRINGIDOS.....</b>	<b>25</b>
<b>2.1 A descoberta do vírus HIV e sua associação aos homossexuais .....</b>	<b>25</b>
2.1.1 Necessidade de regulamentação e criação de grupos de risco .....	26
2.1.2 Da inaptidão temporária .....	30
<b>2.2 Direitos da personalidade infringidos.....</b>	<b>32</b>
2.2.1 Violação ao direito à sexualidade.....	36
2.2.2 Violação ao direito à autodeterminação .....	40
2.2.3 Violação ao direito à integridade psicofísica .....	42
<b>3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5543, OS AVANÇOS PROMOVIDOS E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA .....</b>	<b>44</b>
<b>3.1 Do relatório da lide.....</b>	<b>44</b>
<b>3.2 Do julgamento da ação .....</b>	<b>49</b>
<b>3.3 Dos votos.....</b>	<b>50</b>
3.3.1 Ministro Edson Fachin – Relator da ação.....	50
3.3.2 Ministro Luís Roberto Barroso .....	53
3.3.3 Ministra Rosa Weber .....	54
3.3.4 Ministro Luiz Fux .....	54
3.3.5 Ministro Alexandre de Moraes .....	56

3.3.6 Ministro Gilmar Mendes .....	58
3.3.7 Ministro Marco Aurélio.....	61
3.3.8 Ministro Ricardo Lewandowski .....	61
3.3.9 Ministro Celso de Mello .....	62
3.3.10 Ministro Dias Toffoli e Ministra Cármen Lúcia .....	62
<b>3.4 Vedação ao retrocesso social .....</b>	<b>63</b>
3.4.1 Controle concentrado de constitucionalidade .....	64
3.4.2 Mudança de configuração da Corte.....	67
3.4.3 Ativismo político nas decisões judiciais .....	68
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>72</b>

## INTRODUÇÃO

O processo de afirmação dos direitos da comunidade LGBTQIA+ é longo e o caminho é tortuoso. Desde o surgimento da proibição de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens (HSH), bem como de suas parceiras, estes foram restringidos de realizar o ato de doação de sangue em razão de sua orientação sexual. Diante do conteúdo das normas que regulamentam tal proibição, o presente trabalho visa abordar a temática sob o enfoque dos princípios constitucionais infringidos e, ainda, expõe o avanço conquistado com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543, com relevância dedicada à vedação de seu retrocesso.

Destarte, os dispositivos impugnados na ação direta - art. 64, IV da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, alínea “d” da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da ANVISA – expressam que para que um homem integrante da comunidade LGBTQIA+, e eventual parceira, possa doar sangue, é necessário o lapso temporal de 12 meses da última relação sexual que teve com outro homem. Considerando o contexto atual vivido no curso de uma pandemia causada pelo vírus da Covid-19, evidencia-se a relevância acerca do tema, uma vez que se trata de assunto que envolve a escassez dos bancos de sangue em momento delicado e, por conseguinte, a saúde pública.

O capítulo inicial tem por objetivo abordar a proteção constitucional das minorias, em específico, a comunidade LGBTQIA+, dissertando sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, - centro do ordenamento jurídico -, o princípio da igualdade substancial e o princípio da não discriminação. Por fim, explanam-se algumas das principais conquistas de direitos da comunidade LGBTQIA+ obtidas por meio de decisões judiciais, como se pretendeu alcançar com a propositura da ADI nº 5543.

De forma contínua, o segundo capítulo disserta sobre a normatividade da restrição e os direitos que esta infringe. Com o intuito de contextualizar o surgimento da restrição de doação de sangue por homens que se relacionam com homens, retrata-se o histórico de fatos que resultou no enquadramento de homossexuais como grupo de risco de transmissão de doenças infecciosas, muito em razão do descobrimento do vírus HIV e a epidemia de AIDS, que a estes foram associados.

Diante da descoberta do vírus e, ao mesmo passo, do desconhecimento acerca da patologia, evidenciou-se a necessidade de regulamentação dos serviços hemoterápicos com vistas à proteção da saúde do doador e, principalmente, do receptor do sangue. Como resultado, houve a normatização da inaptidão temporária de homens que fazem sexo com outros homens. O capítulo prossegue fazendo breve análise dos direitos da personalidade violados, citam-se o direito à sexualidade – este que compreende a liberdade sexual e a livre orientação sexual -, o direito à autodeterminação e, por último, o direito à integridade psicofísica.

Já o terceiro e último capítulo tem por escopo a análise dos votos proferidos pelos ministros da Suprema Corte no curso do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543. Julgada procedente por maioria dos votos (7 votos contra 4), a ação direta derrubou a restrição imposta, declarando, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

Feita a análise dos principais argumentos que fundamentam os votos proclamados, ao final, disserta-se sobre o controle de constitucionalidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, expondo eventuais mudanças de composição da Suprema Corte - e sua importância -, relacionando-as com o ativismo político nas decisões judiciais e suas consequências nas decisões que envolvem minorias sociais.

## **1. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS**

É possível afirmar que um longo caminho foi percorrido entre a outorga da Carta Imperial de 1824 - a primeira constituição do Brasil - até o advento da Constituição Federal de 1988 no que tange ao direito das minorias. Desde sua independência, o Brasil teve oito<sup>1</sup> cartas constitucionais como norteadoras de seu ordenamento jurídico e apenas a Constituição

---

<sup>1</sup> Embora Luís Roberto Barroso afirme em sua obra que, desde que foi decretada a independência do país, a experiência constitucional brasileira produziu oito constituições, há uma discussão doutrinária quanto à quantidade exata. Parte da doutrina, como Barroso, considera a Emenda nº 1 à Constituição de 1967, outorgada pela junta militar, como a oitava Carta Magna, no entanto, oficialmente considera-se que a história constitucional do país é formada por sete Cartas Políticas, as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Sobre a Emenda nº 1, Celso de Mello aduz ser “uma Carta Constitucional envergonhada de si própria, imposta de maneira não democrática e representando a expressão da vontade autoritária dos curadores do regime” (Supremo Tribunal Federal. Constituição 30 anos: As Constituições Brasileiras de 1824 a 1988. Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391696>> Acesso em 21 de abril de 2021)

da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, buscou salvaguardar direitos e garantias individuais aos cidadãos LGBTQIA+ em seu texto.

Antecessora à Constituição de 1988, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 é um dos instrumentos internacionais que, em seu texto, fomentam a proteção aos integrantes da comunidade LGBTQIA+ em seus Estados signatários. Mesmo que de forma não expressa, a Declaração abrangeu o direito das minorias, pois trouxe a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, sem fazer quaisquer distinções entre quem deve ser titular dos direitos elencados<sup>2</sup>.

A Constituição de 1988, elaborada de forma detalhista adotou como pilar e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana, além de ter dedicado seu art. 5º a um extenso rol de direitos fundamentais. Entretanto, segundo Barroso<sup>3</sup>, “os direitos sociais têm enfrentado trajetória mais acidentada, sendo a sua efetivação um dos tormentos da doutrina e da jurisprudência”. É evidente que a proteção constitucional concedida pela CRFB/88 às minorias foi dotada de fundamental evolução, quando comparada aos textos constitucionais que a antecederam, todavia, muitas das vezes, na prática, seus princípios são desrespeitados.

### 1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é tido como o centro e a razão da ordem jurídica brasileira. O ideal constitucional e a doutrina democrática em torno da elaboração da Lei Maior, fundada em premissas do constitucionalismo democrático, concedeu caráter humanista<sup>4</sup> à Carta. Sobre a atenção direcionada pela Carta Magna à pessoa humana, Daniel Sarmiento<sup>5</sup> sintetiza:

---

<sup>2</sup> Os direitos e garantias fundamentais encontram-se expressos no Título II da Constituição Federal de 1988 (BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988).

<sup>3</sup> BARROSO, L. R. “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.398.

<sup>4</sup> SARMENTO, D. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.70

<sup>5</sup> Ibidem p. 72

A centralidade da pessoa humana, tratada não como meio, mas como fim da ordem jurídica e do Estado, revela-se logo na organização da Lei Maior. Se as constituições anteriores começavam disciplinando a estrutura estatal e só depois enunciavam os direitos fundamentais, a Carta de 88 faz o oposto, principiando pela consagração dos direitos das pessoas. A inversão não foi gratuita. Trata-se de modelo adotado em diversas constituições europeias do 2º pós-guerra, que indica a absoluta prioridade dos direitos fundamentais em nosso sistema jurídico.

A interpretação da Constituição de 1988, à luz de seu sistema, reforça a concepção de que o Direito e o Estado existem em prol da pessoa humana, e não o contrário. O ser humano é tido como um ser dotado de racionalidade, e o ideal é de que todos têm igual dignidade, não importando seu status social. Além da concepção de racionalidade, diretamente ligada à capacidade de tomada de decisões e o direito de fazê-las, Daniel Sarmiento<sup>6</sup> ressalta a igual importância de outras dimensões da pessoa humana, dotada de necessidades materiais básicas relacionadas aos sentimentos, ao próprio corpo e, também, ao convívio social, uma vez que é dotada de responsabilidades perante a sociedade e seus iguais.

Dentre as várias funções do princípio da dignidade da pessoa humana concedidas pela CRFB/88, cabe ressaltar que este é critério para identificação de direitos fundamentais e, ainda, fator que os limita. Ao dispor explicitamente em seu art. 1º, inciso III, a Constituição Federal vigente afirma ser a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República, evidenciando, portanto, tamanha importância direcionada ao princípio. Por dignidade humana, tem-se a compreensão de que as pessoas têm de ser respeitadas como iguais e tratadas como sujeitos, vedada a sua instrumentalização pelo Estado. Ainda, ao garanti-la como um dos fundamentos da República, a Magna Carta assegura a proteção à pessoa humana, sendo certo que se faz necessária a eficácia social do texto constitucional, para que, na prática, não ocorra a violação de direitos e a degradação da pessoa humana. Nessa toada, Sarmiento<sup>7</sup> afirma:

[...] é muito difícil que não haja, especialmente em Estados periféricos, situações afrontosas à dignidade das pessoas, e a sua ocorrência não basta para subtrair a legitimidade moral à ordem jurídico-política. Tal legitimidade, porém, depende, pelo menos, de que a dignidade seja “levada a sério” no âmbito da comunidade estatal; que haja um genuíno esforço de proteção e promoção dos direitos das pessoas, no sentido da superação das situações caracterizadoras de tratamento indigno.

---

<sup>6</sup> SARMENTO, D. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.77

<sup>7</sup> Ibidem p.79

Pode-se considerar que o “genuíno esforço de proteção” feito pelo ordenamento jurídico brasileiro, a fim de assegurar a dignidade da pessoa humana, é evidenciado no próprio texto constitucional – e por este motivo são considerados “absolutos” -, que trouxe expressamente um rol de direitos fundamentais pautados na concepção e interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo, dessa forma, sua observância. Como princípio norteador da interpretação destes, mesmo que em diferentes graus, a dignidade da pessoa humana está presente em todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos: as liberdades individuais, direitos políticos, sociais, culturais e os transindividuais<sup>8</sup>.

## 1.2 Princípio da igualdade substancial

O ideal de igualdade surgiu com o movimento do Iluminismo, o qual revolucionou ideias no século XVIII e culminou na mudança do paradigma da civilização, fazendo com que o sistema de pensamento abandonasse ideais metafísicos e introduzisse valores como o da liberdade individual e o da igualdade entre as pessoas. Sobre o movimento que se iniciou na França e teve seus ideais difundidos pelo mundo, Barroso<sup>9</sup> ressalta a importância do movimento, afirmando que “[...] sob sua influência, mudou-se o patamar da condição humana e da convivência entre pessoas e entre os povos.”.

Percebe-se, portanto, sua influência no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição de 1988 dispõe em seu artigo 5º, caput, sobre o princípio constitucional da igualdade, perante a lei, no artigo abaixo transcrito:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Ao abordar o princípio da igualdade, há que se ressaltar a existência de dupla dimensão a ser analisada. O caput do art. 5º descreve, em verdade, o princípio da igualdade em seu sentido puramente formal, a chamada “igualdade perante a lei”. Trata-se da aplicação

---

<sup>8</sup> SARMENTO, D. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 80

<sup>9</sup> BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.27

do direito existente de forma igualitária, vedado aos Poderes Públicos e demais entidades representantes do Estado a discriminação ou a concessão de tratamentos diferenciados na aplicação do direito, inclusive por motivos relacionados à orientação sexual do titular do direito.

Já a igualdade em seu sentido material, objeto de estudo do capítulo, é denominada, também, igualdade real ou substancial, e tem por intuito o reconhecimento das diferenças existentes entre os indivíduos que compõem a sociedade. Embora a lei seja única para todos, a igualdade substancial atenta para a individualidade de cada um e reconhece que a aplicação do direito tem por finalidade atenuar as desigualdades existentes, igualando os indivíduos na medida de sua desigualdade.

A concepção de igualdade substancial se desenvolveu em razão da comprovada insuficiência da igualdade, em seu sentido puramente formal, em afastar a ocorrência de injustiças<sup>10</sup>. Representa, também, a vedação do tratamento arbitrário, atuando como exigência de critérios razoáveis para determinados tratamentos desiguais<sup>11</sup>. Ingo Sarlet<sup>12</sup> ressalta, ainda, a igualdade não apenas como princípio, mas também como direito fundamental. Prossegue afirmando que o direito de igualdade somente sofrerá intervenção quando for verificada uma situação em que o tratamento igual for conferido a desiguais em sua essência ou se um tratamento desigual for conferido a iguais.

Nesse sentido, Sarlet<sup>13</sup> entende que o conceito desenvolvido de igualdade abrange, ao menos, três dimensões: (i) a proibição do arbítrio, acima descrita; (ii) a proibição da discriminação, ou seja, vedação de utilização de critérios subjetivos para conferir tratamento desigual; e, por fim, (iii) a obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, tratada, pelo doutrinador, como de caráter compensativo, visando a atuação do Estado no combate e diminuição das desigualdades sociais.

---

<sup>10</sup> SARLET, Ingo, et al. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. ampl – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 927

<sup>11</sup> Ibidem. p. 927

<sup>12</sup> Ibidem. p. 927

<sup>13</sup> SARLET, Ingo, et al. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. ampl – São Paulo: Saraiva, 2015. p.933

Nesse sentido, Walter Claudius Rothenburg<sup>14</sup> leciona sobre o tema:

Percebe-se que a igualdade material é, como categoria jurídica, uma concretização maior, um aperfeiçoamento em relação à igualdade formal e não algo diferente. Dito de outro modo, a igualdade material é, do ponto de vista jurídico, um avanço no sentido de superar as situações injustas de desigualdade.

A acepção é de que a igualdade substancial possui sentido negativo – ao proibir o arbítrio e a discriminação – e, também, sentido positivo – ao preceituar que o Poder Público deve atuar para a compensação das desigualdades conferindo tratamento desigual para situações especificamente desiguais. Trata-se, portanto, do direito de igualdade “mediante a lei”.

A Constituição Federal de 88, em seu art. 5º, assegura a igualdade formal, e ao inibir quaisquer discriminações ou distinções injustificáveis entre indivíduos, determina a busca por uma igualdade substancial. Segundo Alexandre de Moraes<sup>15</sup>, há duas frentes de atuação relativas ao princípio da igualdade, sendo a (i) primeira exercida pelos poderes legislativo e/ou executivo, quando da edição de leis e quando da denegação de criação de normas que violem a isonomia entre os indivíduos, assim como na (ii) segunda frente, exercida pelo intérprete da lei, fazendo com que este aplique-a sem quaisquer discriminações.

Destarte, em busca da consumação da igualdade substancial, é coerente que o legislador faça diferenciações em proveito de indivíduos e comunidades de indivíduos menos favorecidos, com o intuito de igualar oportunidades, uma vez que estes já se encontram em situação de desigualdade perante a sociedade como um todo. Importante ressaltar que, para que se evitem situações de privilégio sem o devido fundamento, o tratamento desigual deve ser concedido sempre de forma proporcional e razoável. Acerca do tema, ensina Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>16</sup> que, para não se ofenda a isonomia e ocorram privilégios infundados, o tratamento diferenciado deve “guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados”.

---

<sup>14</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia**. Novos estudos jurídicos, 2008. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441>> Acesso em: 04/11/2020

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.39.

Como grupo de indivíduos menos favorecidos e dotados de certa hipossuficiência jurídica, tem-se, como objeto de estudo da presente monografia, a comunidade LGBTQIA+. A orientação sexual é tida como característica intrínseca do indivíduo, diretamente relacionada à afetividade humana, à necessidade material básica ligada ao corpo e aos sentimentos, estes que constituem uma das dimensões da dignidade da pessoa humana. Como componente da subjetividade dos indivíduos, o tratamento discriminatório direcionado às minorias sexuais fere não só o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também a isonomia garantida pela Constituição Federal de 1988.

Acerca do assunto, Maria Berenice Dias<sup>17</sup> ensina que:

Qualquer discriminação baseada na discriminação sexual configura claro desrespeito à dignidade humana, o que infringe o princípio maior da Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acaba por referendar estigmas sociais e fortalecer sentimentos de rejeição, além de ser fonte de sofrimentos a quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida.

Muito embora a Constituição brasileira não faça menção expressa à vedação de tratamento desigual em razão da orientação sexual de um indivíduo, o artigo 5º, § 2º do texto constitucional dispõe que:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ao arripio da lei e em sua devida interpretação, a igualdade formal e substancial, assegurada pela Magna Carta na busca por justiça social, obsta o tratamento discriminatório em razão – e não só - da orientação sexual de um indivíduo.

### **1.3 Princípio da não discriminação**

Como exposto, o princípio da igualdade, constitucionalmente assegurado em diversas partes do texto constitucional, implica a proibição de discriminações indevidas. Em primeiro momento, impõe-se tratamento jurídico igualitário a todos. No entanto, há também a previsão

---

<sup>17</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2009. p. 104

de concessão de tratamento jurídico desigual, sendo necessária a fundamentação adequada para fazê-lo. Trata-se, portanto, da discriminação em sua dimensão positiva que nada mais é senão o dever de agir do Estado para consolidação do princípio da igualdade substancial.

Na prática, o Poder Público deve atuar para mitigar, ou até mesmo extinguir, as situações de desigualdades pré-existentes entre os indivíduos de uma sociedade, a fim de que se alcance a justiça social. Rothenburg<sup>18</sup> aduz que o objetivo da discriminação lícita consiste em “promover distinções justificáveis, oferecendo um tratamento desigual para quem esteja numa situação diferenciada (injusta)”. Inclusa na interpretação do princípio da igualdade, garantido pela Constituição de 1988 no caput do art. 5º, a discriminação positiva existe para a concessão da chamada “igualdade de oportunidades” entre indivíduos inseridos, inicialmente, em posição de desigualdade perante outros.

Ainda sobre a discriminação lícita, Rothenburg disserta que “tem de ser razoável, não podendo prejudicar desproporcionalmente os discriminados desfavoravelmente ou beneficiar desproporcionalmente os discriminados favoravelmente”<sup>19</sup>. O tratamento diferenciado, sempre pautado na razoabilidade e na proporcionalidade, apenas pode ser concedido quando houver conexão lógica entre a diferença existente no sujeito e a desigualdade de tratamento em função desta, desde que não seja contrária ao que dispõe a Magna Carta.

Similarmente, também na busca pela concretização do princípio da igualdade em sentido material, a Constituição de 88 atribui viés repressor ao estabelecer o combate às condutas discriminatórias. Ao instituir que o Poder Público tem o dever de “não agir” tratando desigualmente os indivíduos que compõem a sociedade, e - se o fizer - tem a necessidade da devida fundamentação/justificação, a Constituição Federal afirma sua repressão às condutas que fomentem a discriminação ilícita (injustificada), muitas das vezes fundada em discursos de ódio, estes direcionados, principalmente, aos grupos que compõem minorias presentes na sociedade. Dessa forma, evidencia-se que o princípio da não discriminação constitui, na realidade, a dimensão negativa do princípio da igualdade.

---

<sup>18</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia.** Novos estudos jurídicos, 2008 Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441>> Acesso em: 04 de novembro de 2020. p. 81

<sup>19</sup> Ibidem. p. 83

O combate ao tratamento discriminatório baseado em critério como a orientação sexual exige, enquanto característica intrínseca e subjetiva de indivíduos, especial atenção do legislador e intérprete da lei, uma vez que ferem – além do princípio da igualdade – também a dignidade da pessoa humana. Sobre o ponto em comento, Maria Berenice Dias<sup>20</sup> expõe que preconceitos infundados não podem validar a restrição a direitos garantidos, e ainda que:

[...] de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.

Em seu art. 3º, inciso IV, a Constituição Federal de 1988, também denominada Constituição Cidadã, menciona expressamente como sendo um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem a todos, dando enfoque à proibição de preconceitos especificamente elencados - origem, raça, sexo, cor e idade – e, não obstante, abriu um leque de direitos que são reivindicados com o decorrer do tempo e a mudança do contexto histórico que vive a sociedade.

Ao declarar que um dos objetivos da República se constitui na promoção do bem a todos “sem quaisquer outras formas de discriminação”, a Constituição de 1988 assegura o surgimento de novos direitos que serão postulados pela sociedade. Por conseguinte, ainda que não exista menção expressa à orientação sexual, o princípio da não discriminação também a abrange, tendo em vista que não fazê-lo seria afrontar princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, tais como, a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, o princípio geral da igualdade, sob a égide da dignidade da pessoa humana, sendo esta o norte e o centro do ordenamento jurídico brasileiro, proíbe a discriminação sexual. Faz-se mister ressaltar que a vedação à discriminação sexual alcança, igualmente, todas as minorias sexuais representadas pela comunidade LGBTQIA+. Como garante a Magna Carta, sendo todos iguais perante a lei, a orientação sexual, por si só, não pode ser objeto de tratamento diferenciado.

---

<sup>20</sup> DIAS, M. B. **Homoafetividade e o direito à diferença**. Maria Berenice Dias. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 04 de novembro de 2020. p.9

## **1.4 Conquistas da comunidade LGBTQIA+ à luz da CF/88**

Diante da constante renovação da sociedade, com sua reinvenção e descobertas feitas a partir das vivências coletivas entre indivíduos, o processo de afirmação de direitos configura-se uma busca incessante. Ao passo que novas identidades são afirmadas, novas demandas por direitos buscam reconhecimento e tutela jurídica. Na tentativa de abarcar a maior parte da sociedade e seu direito de livre vivência, tanto com relação a questões de gênero, quanto à identidade sexual, a luta pela ratificação de direitos da comunidade LGBTQIA+ é um processo gradual, persistente e longe do fim.

Para além de mera exaltação teórica, a comunidade LGBTQIA+ experimentou, na prática, os avanços trazidos com a assinatura de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e, principalmente, com o advento da Constituição Federal de 1988. Em que pese não haver referência expressa ao direito à diversidade sexual e de gênero no texto constitucional, a ausência de menção não impede o reconhecimento de sua existência. Através da interpretação do texto constitucional, a jurisprudência criada pelo ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos anos ocasionou uma série de conquistas vivenciadas por pessoas em situação de hipossuficiência jurídica, como é o caso dos integrantes da comunidade LGBTQIA+. A seguir, será abordada a terminologia e julgados que foram importantes para concretização de direitos fundamentais das pessoas LGBTQIA+.

### **1.4.1 A consolidação da terminologia homoafetividade**

Como o direito à diversidade sexual não tem menção expressa no ordenamento jurídico, o direito positivado enfrenta dificuldade de enxergar diversas questões relacionadas ao tema, dentre elas, as relações jurídicas resultantes do natural exercício das diferentes sexualidades e de questões relacionadas ao gênero. Nessa toada, o processo histórico registra que diversas expressões de linguagem foram utilizadas na tentativa de identificar as relações entre pessoas da comunidade LGBTQIA+, sendo, muitas delas, carregadas de interpretações e sentidos pejorativos, que frequentemente buscavam indicar promiscuidade, imoralidade, comportamento social desviante, entre outros sentidos negativos.

A procura pela terminologia adequada para reconhecer relações jurídicas decorrentes do exercício da sexualidade obteve grande avanço no campo do Direito de Família - hoje adequadamente chamado Direito das Famílias – com vistas a abarcar as diferentes configurações familiares existentes. Em meio à busca pelo reconhecimento das entidades familiares entre pessoas do mesmo sexo, a doutrina estabeleceu um conceito amparado no elemento do afeto existente nas relações, que passou a orientar a hermenêutica jurídica na identificação de direitos e deveres das relações privadas constituídas, a fim de que a tutela jurídica englobasse, também, as demais configurações familiares não mencionadas no texto constitucional.

Em sua obra sobre o assunto em comento, Maria Berenice Dias<sup>21</sup> aduz ser:

Indispensável reconhecer que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade com quem deseja, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individual, seja genericamente considerada. [...] A segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada é a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana. Como as gerações de direitos servem para alcançar a realização de todos os cidadãos, as uniões homoafetivas, que são alvo da intolerância social, não podem ser excluída da tutela jurídica. Deste modo, impositiva a inclusão da diversidade sexual no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo ao mesmo tempo individual, categorial e difuso.

Além do reconhecimento político-jurídico de relações familiares vinculadas pelo elemento do afeto, a terminologia homoafetividade auxiliou na libertação dos preconceitos equivocadamente vinculados às terminologias anteriormente usadas, as quais perpetuavam o entendimento de que as relações praticadas eram imorais e inadequadas. Ao se referir às relações entre pessoas do mesmo sexo com o uso da palavra “homoafetividade”, a jurisprudência e o ordenamento jurídico, como um todo, legitimam tais relações e dão início ao processo de inserção social e tutela jurídica de entidades familiares antes não reconhecidas.

---

<sup>21</sup> DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 99-100.

### **1.4.2 Atuação do Poder Judiciário na garantia de direitos aos LGBTQIA+**

A promulgação da Constituição Federal de 1988 caracterizou vasto progresso na consolidação de direitos fundamentais. Entretanto, faz-se relevante destacar que o reconhecimento das diversas identidades sexuais e a tutela jurídica de suas relações conquistam, a passos curtos, significativos avanços com a atuação do Poder Judiciário na resolução de conflitos acerca da legalidade e constitucionalidade de normas que suprimem ou violam direitos das minorias sociais.

Como dito anteriormente, é dever do intérprete da Lei atuar para diminuir as desigualdades presentes na sociedade, na busca pela concretização do princípio da igualdade - em seu sentido material -, constitucionalmente previsto. Evidencia-se, portanto, que a atuação dos Tribunais consiste em um instrumento crucial para a garantia de direitos relacionados aos grupos em situação de hipossuficiência jurídica, tendo em vista que ao proferirem julgados concedendo interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, o direito posto se torna melhor adequado às situações fáticas - irrompidas com a renovação e reinvenção das sociedades - e que exigem proteção estatal.

Observam-se, a seguir, julgados importantes na concretização de direitos da comunidade LGBTQIA+, onde, em seus votos, a Corte aborda numerosas vezes a importância dos princípios norteadores do ordenamento jurídico, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a não discriminação - e os direitos fundamentais com eles relacionados.

#### **1.4.2.1 Reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo**

Após diversas decisões judiciais em 1º grau no sentido de ratificar direitos relacionados ao reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo, em 05 de maio de 2011, com vistas a determinar a interpretação conforme à Constituição Federal de 1988 do art. 1723 do Código Civil, o Supremo Tribunal Federal consagrou o tema proferindo a importante decisão no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132. Por unanimidade, as relações entre pessoas do mesmo sexo foram reconhecidas como união estável e não mais consideradas mera

sociedade de fato, equiparando, portanto, os direitos de casais heterossexuais e homoafetivos no que tange à união estável.

O relator das ações, ministro Ayres Britto, proferiu voto em que reafirma o previsto no art. 3º, IV, da Lei Maior, o qual dispõe sobre a promoção do bem a todos, vedada a discriminação, estendendo-a à orientação sexual por meio da interpretação da Lei.

Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.<sup>22</sup>

O membro da Corte segue explicitando<sup>23</sup> as diversas configurações de família reconhecidas pelo ordenamento jurídico, como a monoparental, e que a instituição se trata de um “[...] fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico)”.

Merece revelo o voto do ministro Marco Aurélio, que recorda o disposto no Código Civil de 1916, no qual somente a família tradicional – família constituída a partir do matrimônio entre homem e mulher -, em vínculo indissolúvel, possuía tutela jurídica. Prossegue relatando que a Constituição da República de 1988 promoveu significativa transformação no Direito Civil através da “constitucionalização do direito”, que passou do direito de “ter”, natureza essencialmente patrimonial, para o direito de “ser”, natureza personalíssima.

Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional.<sup>24</sup>

Se antes as uniões homoafetivas eram consideradas sociedades de fato, com a vigência da CRFB/88 e a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana na ressignificação

---

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 4 de maio de 2011, p. 28. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em: 02/04/2021

<sup>23</sup> Ibidem. p. 28.

<sup>24</sup> Ibidem. p. 206.

do ordenamento jurídico, a natureza patrimonial da relação evidenciou-se inadequada para traduzir a relação de afeto construída entre duas pessoas do mesmo sexo.

O ministro Marco Aurélio<sup>25</sup> segue afirmando que “[...] o Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade”. Conclui o ministro sustentando que continuar reconhecendo a relação entre pessoas do mesmo sexo como sociedades de fato, representa, em verdade, a reprodução do preconceito e o desprezo à dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, obrigação constitucional o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar.

Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual.

#### **1.4.2.2 Autorização de mudança do prenome de travestis e transexuais sem necessidade de cirurgia ou autorização judicial**

Outra importante conquista ocorreu em 2018, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento da ADI 4275, acerca da possibilidade de mudança do sexo contido no registro civil sem que seja necessária a realização da cirurgia de mudança de sexo e, também, sem autorização judicial. A Procuradoria Geral da República, autora da ação, requereu que o Supremo concedesse interpretação conforme a CF/88 ao artigo 58 da Lei 6.015/73, a qual dispõe sobre os registros públicos de pessoas naturais. O ministro Luiz Fux<sup>26</sup>, de forma crucial, expôs em seu voto que:

O direito à retificação do registro civil, de modo a adequá-lo à identidade de gênero, concretiza a dignidade da pessoa humana, seja por meio da busca da felicidade, seja

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 4 de maio de 2011, p. 28. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em: 02/04/2021. p. 209.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 1º de fevereiro de 2018, p. 91. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>> Acesso em: 02/04/2021.

pelo princípio da igualdade, seja pelo direito ao reconhecimento. Isso porque o reconhecimento externo da identidade de gênero representa um pressuposto de realização pessoal do indivíduo e da busca da felicidade.

O STF, por unanimidade, reconheceu a possibilidade jurídica de alteração do prenome e o sexo no registro civil sem que seja obrigatória a realização da cirurgia de transgenitalização. A Corte, no entanto, divergiu com relação à necessidade da autorização judicial para que as alterações sejam feitas, o que foi considerado dispensável por maioria dos votos.

O ministro Marco Aurélio destacou a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento da pluralidade dos indivíduos pelo Estado Democrático de Direito e a necessária proteção estatal a estes, garantindo que sejam apresentados à sociedade como de fato se enxergam. Acerca da obrigatoriedade da cirurgia, o ministro declarou:

A alteração no assentamento decorre da dignidade da pessoa humana, presente incompatibilidade da morfologia sexual com a identidade de gênero. Legitima-se a modificação para permitir que a pessoa possa viver plenamente em sociedade, tal como se percebe. Como se vê, os fundamentos para autorização da mudança do registro civil pressupõem não a submissão a procedimento cirúrgico, o qual altera apenas o aspecto anatômico, mas, sim, a condição de transexual. A disforia e o sofrimento dela decorrentes justificam a troca do prenome, com ou sem cirurgia.<sup>27</sup>

Ainda sobre o tema, tamanha relevância do julgamento foi reconhecida por diversos ministros em seus votos, com grande ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação e o direito ao reconhecimento, e que caracterizaram o julgado como um passo a mais rumo à igualdade garantida pela Constituição Federal. O ministro Luís Roberto Barroso enfatizou ser uma conduta abusiva a imposição de requisitos ao processo de reconhecimento da identidade de gênero, e entende por necessária apenas a mera manifestação de vontade do indivíduo. Relativamente à luta para concretização de direitos das pessoas transgêneros, o ministro<sup>28</sup> declarou:

Estamos escrevendo uma página libertadora para um dos grupos mais marginalizados e estigmatizados da sociedade brasileira. [...] a evolução da condição humana, essa marcha contínua na direção do bem, é a superação dos preconceitos contra mulheres, contra negros, contra índios, contra judeus, contra deficientes. Portanto, eu acho que hoje nós chegamos, num ponto acima, à superação do

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 1º de fevereiro de 2018, p. 13. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>> Acesso em: 02/04/2021.

<sup>28</sup> Ibidem. p.50

preconceito ou ao início do enfrentamento do preconceito contra este grupo particularmente estigmatizado.

### 1.4.2.3 Criminalização da homofobia e da transfobia

Contínuas foram as decisões judiciais importantes, sendo o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4733 mais um julgado garantidor de direitos às pessoas LGBTQIA+, embora com questões controversas.

A tese da ADO proposta foi de reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em emanar lei visando criminalizar as condutas homofóbicas e transfóbicas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, em consonância com o disposto no art. 5º, XLI e XLII da Constituição da República. Ainda, diante da omissão dos legisladores, a tese do relator Celso de Mello requisitou a aplicação da Lei nº 7.716/2018, por analogia, até que a mora legislativa seja sanada, considerando que o conceito de racismo ultrapassa características biológicas e fenótipos, pois se constitui como uma conduta que nega a dignidade e a humanidade de grupos vulneráveis.

Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTQIA+ e, por maioria dos votos, a Suprema Corte determinou que, até que a Casa Legislativa edite lei específica para criminalização das referidas condutas, as referidas condutas que atentam contra homossexuais e transexuais serão enquadrados nos crimes previstos na Lei nº 7.716/2018, a Lei do Racismo.

Merece relevo o voto do ministro Edson Fachin<sup>29</sup>, no qual expressa que a orientação sexual e a identidade de gênero representam o exercício da liberdade individual, estas desenvolvidas por cada indivíduo em sua singularidade, que devem ser respeitadas e amparadas, ressaltando, também, o dever do Poder Legislativo na elaboração de leis contra quaisquer tipos de discriminação e preconceito, como disposto no art. 5º, XLI, da CRFB/88.

---

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 13 de junho de 2019, p. 197-216. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>> Acesso em: 02/04/2021.

Sobre o enquadramento dos crimes envolvendo condutas atentatórias aos direitos à diversidade sexual na Lei do Racismo, Fachin manifesta que a equiparação é compatível do ponto de vista constitucional e, também, reforça a urgência na adoção de medidas incisivas frente à precariedade das medidas criminais em combater as condutas que afrontam contra a minoria social em comento:

[...] não vejo como se possa atribuir ao texto constitucional significado restrito, isto é, no sentido segundo o qual o conceito jurídico de racismo se divorcia dos conceitos histórico, sociológico e cultural. O que a nossa Constituição visa a coibir é a discriminação inferiorizante, a qual ela repudia com a alcunha de “racismo”. Ainda que não fosse patente esse movimento ampliativo da abrangência criminalizante das fórmulas discriminatórias, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal também tem reconhecido de forma clara que o direito fundamental à liberdade demanda a proteção das múltiplas opções de orientação sexual e de identidade de gênero. [...] Entendo que o mesmo raciocínio pode ser plenamente aplicado à presente discussão, de modo a se declarar possível que a norma endereçada à tipificação da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, seja utilizada, de forma mais ampla, para se criminalizar a homofobia e a transfobia. A postura aditiva e concretizada desta Corte Constitucional nesse sentido faz-se absolutamente necessária ante a debilidade das políticas criminais que tem permitido a perpetração de violações do dever constitucional de proteção consubstanciado no art. 5º, XLI, da Constituição.<sup>30</sup>

Em que pese a solução imediata encontrada para a punição das condutas homofóbicas e transfóbicas tenha sido o enquadramento destas na Lei do Racismo (7.716/1989), os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli entenderam que apenas por intermédio de aprovação de lei pelo Poder Legislativo a punição poderia ocorrer. Lewandowski<sup>31</sup> oportunamente ressalta a importância e delicadeza do tema, afirmando que merece receber tipificação própria e não mero enquadramento. Ainda em seu voto, o ministro ressalta que a extensão da Lei 7.716/1989 para abarcar condutas atentatórias à diversidade sexual – matéria penal sujeita à reserva legal absoluta - infringe o princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, XXXIX da CRFB/88:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta. [...] A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal,

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 13 de junho de 2019, p.533. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>> Acesso em: 02/04/2021.

<sup>31</sup> Ibidem. p. 514.

que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.<sup>32</sup>

O ministro Dias Toffoli seguiu o voto de Lewandowski e, de forma imprescindível, declarou seu pesar que o tema tenha que ser enfrentado em pleno século 21. Cabe ressaltar que a mora legislativa permanece e, atualmente, aplica-se aos atos de homofobia e transfobia a Lei do Racismo, como determinou a Suprema Corte.

## **2. NORMATIVIDADE DA RESTRIÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E OS DIREITOS INFRINGIDOS**

Preliminarmente ao estudo das normas que regulamentam a inabilitação de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens e os direitos infringidos, faz-se pertinente abordar a relação entre a descoberta do vírus HIV - e a epidemia de AIDS - e o consequente enquadramento das pessoas LGBTQIA+ como grupo de risco, bem como o contexto em que se deu a restrição no ordenamento jurídico brasileiro.

### **2.1 A descoberta do vírus HIV e sua associação aos homossexuais**

Até então desconhecida, a patologia que teve os primeiros casos detectados no final da década de 70, e vinha se propagando vertiginosamente, prontificou a comunidade científica nos estudos e aprofundamentos a fim de descobrir o que se alastrava pela população mundial e, principalmente, como se deu sua rápida transmissão.

Mesmo com a mobilização das áreas médicas e científicas em descobrir o que estava acometendo a população, apenas em 1982 a patologia foi classificada como Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, ficando popularmente conhecida como AIDS, sigla do nome em inglês (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*). Tratava-se, portanto, de uma doença que afeta o sistema imunológico humano como consequência da infecção pelo vírus HIV, vírus da imunodeficiência humana.

---

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 13 de junho de 2019, p.512. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>> Acesso em: 02/04/2021

Com a descoberta da síndrome, o desconhecimento acerca de como ocorria sua transmissão, associado ao conservadorismo moral e ao preconceito existente na sociedade, a opinião pública e a grande mídia influenciaram na popularização de nomes como “GRID”<sup>33</sup> e “doença dos 5H”, esta última em razão dos infectados à época serem em sua maioria hemofílicos, haitianos, dependentes de heroína, *hookers*<sup>34</sup> e homossexuais.

Com base em análises e quantitativos de diagnósticos soropositivos, à época, foram identificados grupos com maior número de pessoas afetadas pelo vírus, dentre eles, os homossexuais. Este fato somado à associação da doença a termos preconceituosos ligados aos homossexuais contribuiu para o estigma de que homossexualidade é, também, uma patologia. Importa pontuar que a homossexualidade somente foi retirada do rol de doenças mentais da Organização Mundial de Saúde (OMS) com a publicação da décima versão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) em 1990.<sup>35</sup>

### 2.1.1 Necessidade de regulamentação e criação de grupos de risco

Em que pese a AIDS fosse objeto de constante estudo, sabia-se pouco sobre a nova doença. Os médicos e cientistas constataram inicialmente que a transmissão<sup>36</sup> do vírus está relacionada à exposição ao sangue, à relação sexual e ao uso de drogas. O que ainda intrigava os estudiosos era a chamada janela imunológica<sup>37</sup>, fase inicial da doença, que consiste no período entre a infecção pelo vírus e a produção de anticorpos pelo organismo. Dessa forma, caracteriza-se pelo intervalo de tempo em que os sintomas ainda não se manifestaram, com

<sup>33</sup> Sigla da expressão *Gay Related Immundeficiency* em inglês. (ALTMAN, Lawrence K. New homosexual disorder worries health officials. **The New York Times**, Section C, Page 1, 11 maio 1982. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1982/05/11/science/new-homosexual-disorder-worries-health-officials.html?pagewanted=all>> Acesso em: 13 de abril de 2021).

<sup>34</sup> Tradução na linguagem informal para pessoa que pratica sexo em troca de dinheiro, em inglês. No caso citado, a referência é feita apenas aos homens que realizem essa prática. (HOOKER. *In*: CAMBRIDGE Dictionary. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/portugues-ingles/prostituta>> Acesso em: 17 de abril de 2021).

<sup>35</sup> ORIENTAÇÃO sexual na CID-11. **Centro Latino-americano em sexualidade e direitos humanos**, 21 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/noticias-clam/conteudo.asp?cod=11863>> Acesso em 20 de abril de 2021.

<sup>36</sup> Atualmente, sabe-se que a transmissão pode ocorrer por meio do sexo vaginal sem camisinha, sexo anal sem camisinha, sexo oral sem camisinha, uso de seringa por mais de uma pessoa, transfusão de sangue contaminado, da mãe infectada para seu filho durante a gravidez, no parto e na amamentação, instrumentos que furam ou cortam não esterilizados. (O que é HIV. **Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis**. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv>> Acesso em: 13 de abril de 2021. Acesso em 19 de abril de 2021).

<sup>37</sup> O que é sistema imunológico. **Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis**. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv/o-que-e-sistema-imunologico>> Acesso em: 13 de abril de 2021.

possibilidade de gerar um resultado não reagente, ou seja, a infecção pode não ser detectada pelos testes, no entanto, a transmissão pode ocorrer.

Após o avanço da epidemia mundial de AIDS, logo a comunidade científica concluiu que a transfusão sanguínea era um importante vetor de transmissão do vírus e que necessitava, portanto, de regulamentação mais rígida para evitar a propagação do vírus. Diante do contexto, os homossexuais foram enquadrados como grupo de risco e a *Food and Drugs Administration (FDA)*, agência federal de saúde dos EUA, país com elevado número de casos de infecção à época, recomendou a exclusão definitiva de homens que tenham feito sexo com outros homens, em qualquer momento, desde 1977, do rol de pessoas aptas a doarem sangue. A recomendação feita pela agência de saúde foi seguida por ampla maioria dos países desenvolvidos.

Em razão de sua importância, o tema não foi ignorado pela Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu art. 199, § 4º, o que segue:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Dessa forma, a Carta Magna determinou que a coleta, processamento e transfusão de sangue e derivados fossem regulamentados por lei. A determinação feita pela CRFB/88 torna mais fácil que mudanças normativas sejam feitas conforme os avanços científicos relativos à transfusão de sangue, como também possibilita maior controle para fiscalização. Para garantir a segurança das transfusões de sangue no Brasil, as restrições quanto à hemoterapia não foram tão rigorosas quanto em outros países.

As legislações que trataram do tema historicamente implementaram a (i) obrigatoriedade de provas laboratoriais para detecção de doenças transmissíveis pelo sangue (Lei 7.649 18/88<sup>38</sup>); a (ii) exclusão dos parceiros sexuais de indivíduos expostos a fatores de

---

<sup>38</sup> BRASIL. **Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988**. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando prevenir a propagação de doenças. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7649.htm#:~:text=LEI%20No%207.649%2C%20DE%2025%20DE%20JANEIRO%20DE%201988.&text=Estabelece%20a%20obrigatoriedade%20do%20cadastramento,doen%C3%A7as%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7649.htm#:~:text=LEI%20No%207.649%2C%20DE%2025%20DE%20JANEIRO%20DE%201988.&text=Estabelece%20a%20obrigatoriedade%20do%20cadastramento,doen%C3%A7as%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs)> Acesso em 17 de abril de 2021.

risco para aids (Portaria n° 721/89<sup>39</sup> do Ministério da Saúde); e a (iii) exclusão definitiva dos indivíduos com sorologia positiva para HIV e/ou histórico de pertencimento a grupos de risco para aids e/ou com parceiro sexual indivíduos que se incluam naquele grupo (Portaria 1.376/93<sup>40</sup> do Ministério da Saúde).

Após diversas políticas públicas e regras, com a redação da Resolução RDC n° 343<sup>41</sup> de 2002 da ANVISA, a norma brasileira foi flexibilizada, tendo em vista que no anexo I da resolução, o – até então – grupo de risco dos homossexuais foi enquadrado como situação de risco acrescido, estabelecendo, portanto, sua inabilitação para doação de sangue por um ano, e não mais definitivamente.

#### B.5.2.7.3 - Situações de Risco Acrescido

[...]

d) Serão inabilitados por um ano, como doadores de sangue ou hemocomponentes, os candidatos que nos 12 meses precedentes tenham sido expostos a uma das situações abaixo:

[...]

Homens que tiveram relações sexuais com outros homens e as parceiras sexuais destes;

Desde então, a inabilitação temporária dos homens que tiveram relações sexuais com outros homens (HSH) foi mantida pelas legislações posteriores. Atualmente, a portaria n° 158/2016 do Ministério da Saúde é a norma que regula a hemoterapia no país, pois redefiniu o Regulamento Técnico de Procedimentos Hemoterápicos em vigor. Em seu texto, a inaptidão temporária supramencionada vem expressa em seu art. 64, IV:

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:

[...]

<sup>39</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n° 721, de 9 de agosto de 1989**. Aprova normas técnicas para a coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.hemoce.ce.gov.br/images/Artigos/721\\_89%20hemovigilancia.pdf](http://www.hemoce.ce.gov.br/images/Artigos/721_89%20hemovigilancia.pdf)> Acesso em 17 de abril de 2021.

<sup>40</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n° 1.376, de 19 de novembro de 1993**. Aprova alterações na Portaria n° 721/GM, de 9 de agosto de 1989, que aprova normas técnicas para coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAkKYAJ/portaria-n-1-376-19-novembro-1993>> Acesso em 17 de abril de 2021.

<sup>41</sup> BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução RDC n° 343, de 13 de dezembro de 2002**. Aprova o regulamento técnico para a obtenção, testagem, processamento e controle de qualidade de sangue e hemocomponentes para uso humano. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 2003. Seção I, p. 40-50.

IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;<sup>42</sup>

Ademais, o mesmo texto é repetido no art. 25, inciso XXX, alínea “d” da RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. A norma<sup>43</sup> que dispõe sobre as “Boas Práticas do Ciclo do Sangue”, e aprova o regulamento sanitário que institui os requisitos de boas práticas para serviços de hemoterapia, estabelece no dispositivo mencionado que:

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:

[...]

XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

[...]

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;

Destarte, é possível observar que as normas elaboradas com o intuito de regulamentar a hemoterapia no Brasil consideram como condição de risco agravado de infecções transmissíveis pelo sangue a relação sexual entre dois homens, enquadrando-os, portanto, como grupo de risco e inaptos temporários de realizar a doação, assim como suas parceiras. Importante ressaltar que até a propositura e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543, que é objeto do presente trabalho, os dispositivos supramencionados permaneciam em vigor.

<sup>42</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: <[https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)> Acesso em 17 de abril de 2021.

<sup>43</sup> BRASIL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução RDC nº 34, de 11 de junho de 2014**. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue. Disponível em: <<https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf>>

### 2.1.2 Da inaptidão temporária

Conforme disposto em seu art. 2º, a Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, em consonância com as políticas e diretrizes da Política Nacional de Sangue<sup>44</sup>, possui como competência a de regulamentar a

[...] captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados, originados do sangue humano venoso e arterial, para diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças.<sup>45</sup>

A portaria estabelece em seus artigos 36<sup>46</sup> e 52<sup>47</sup> um rol de critérios a serem seguidos na triagem clínica, instituídos para analisar antecedentes pessoais e médicos, além do estado de saúde atual do doador, com o objetivo de garantir tanto a saúde do candidato à doação, quanto a saúde do receptor do sangue. Nos casos em que a análise preliminar

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001**. Regulamenta o § 4o do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10205.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10205.htm)> Acesso em 17 de abril de 2021.

<sup>45</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)> Acesso em 17 de abril de 2021.

<sup>46</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016**. Art. 36. Com a finalidade de proteger os doadores, serão adotadas, tanto no momento da seleção de candidatos quanto no momento da doação, as seguintes medidas e critérios estabelecidos neste regulamento: I – a frequência anual máxima de doações e o intervalo mínimo entre as doações; II – as idades mínima e máxima para doação; III – a massa corpórea mínima; IV – a aferição do pulso; V – a aferição da pressão arterial; VI – os níveis de hematócrito/hemoglobina; VII – a história médica e os antecedentes patológicos do doador; VIII – a utilização de medicamentos; IX – as hipóteses de gestação, lactação, abortamento e menstruação; X – o jejum e a alimentação adequada; XI – o consumo de bebidas alcoólicas; XII – os episódios alérgicos; XIII – as ocupações habituais; e XIV – o volume a ser coletado. Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)> Acesso em 17 de abril de 2021.

<sup>47</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016**. Art. 52. Com a finalidade de proteger os receptores, serão adotadas, tanto no momento da seleção de candidatos quanto no momento da doação, a avaliação das seguintes medidas e critérios de acordo com os parâmetros estabelecidos por este regulamento: I – aspectos gerais do candidato, que deve ter aspecto saudável à ectoscopia e declarar bemestar geral; II – temperatura corpórea do candidato, que não deve ser superior a 37oC (trinta e sete graus Celsius); III – condição de imunizações e vacinações do candidato, nos termos do Anexo IV; IV – local da punção venosa em relação à presença de lesões de pele e características que permitam a punção adequada; V – histórico de transfusões recebidas pelo doador, uma vez que os candidatos que tenham recebido transfusões de sangue, componentes sanguíneos ou hemoderivados nos últimos 12 (doze) meses devem ser excluídos da doação; VI – histórico de doenças infecciosas; VII – histórico de enfermidades virais; VIII – histórico de doenças parasitárias; IX – histórico de enfermidades bacterianas; X – estilo de vida do candidato a doação; XI – situações de risco vivenciadas pelo candidato; e XII – histórico de cirurgias e procedimentos invasivos. Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)> Acesso em 17 de abril de 2021.

detecta uma hipótese de inaptidão para doação de sangue, o candidato é excluído da seleção. Por inaptidão, a norma traz a definição das três hipóteses:

Art. 5º Para fins desta Portaria, considera-se:

[...]

XVII - doador inapto definitivo: doador que nunca poderá doar sangue para outra pessoa, podendo, em alguns casos, realizar doação autóloga;

XVIII - doador inapto por tempo indeterminado: doador que se encontra impedido de doar sangue para outra pessoa por um período indefinido de tempo segundo as normas regulatórias vigentes, mas apto a realizar doação autóloga;

XIX - doador inapto temporário: doador que se encontra impedido de doar sangue para outra pessoa por determinado período de tempo, podendo realizar doação autóloga quando possível e necessário;<sup>48</sup>

A hipótese de inaptidão expressa no inciso IV<sup>49</sup> do artigo 64 aduz que está inabilitado temporariamente de realizar a doação o homem que tenha mantido relação sexual com outro homem durante os 12 meses que sucedem o contato entre ambos. Embora não seja uma classificação de inaptidão definitiva, na prática, o inciso IV impede a doação de candidatos homens que se relacionem com homens, tendo em vista que a cada contato sexual o prazo de inaptidão é renovado, impossibilitando de forma definitiva que a doação ocorra.

A interpretação da restrição disposta no art. 64, IV da portaria permite inferir que estão permanentemente inaptos os homens que se relacionam com outros homens e exerçam livremente sua sexualidade, uma vez que a norma exige sua abstenção sexual em troca da aptidão para doar.

Frisa-se que, não obstante os critérios utilizados na entrevista pessoal e na triagem clínica, o procedimento de doação de sangue conta, ainda, com a triagem laboratorial do material doado, determinação feita pelo art. 130.

Art. 130. É obrigatória a realização de exames laboratoriais de alta sensibilidade a cada doação, para detecção de marcadores para as seguintes infecções transmissíveis pelo sangue, cumprindo-se ainda, os algoritmos descritos no Anexo V para cada marcador:

I - sífilis;

II - doença de Chagas;

III - hepatite B;

<sup>48</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)> Acesso em 17 de abril de 2021. Art. 5º

<sup>49</sup> Ibidem. Art. 64, IV.

IV - hepatite C;  
 V - AIDS; e  
 VI - HTLV I/II.

§ 1º Os exames de que trata o "caput" devem ser feitos em amostra colhida no ato da doação.

No anexo V<sup>50</sup>, itens “a” e “b”, a portaria estabelece o algoritmo de testagem obrigatória a que o sangue é submetido para verificação de infecções transmissíveis pelo sangue. Sendo assim, para garantir a segurança da transfusão sanguínea, a liberação da bolsa de sangue é feita somente após a testagem da amostra colhida que esteja livre de quaisquer doenças transmissíveis pelo sangue.

Observa-se, portanto, que os homens integrantes da comunidade LGBTQIA+ que mantenham relação sexual com outros homens, historicamente considerados como parte de um grupo de risco acentuado, foram considerados inaptos temporários de realizar doações de sangue, muito em razão de sua associação à epidemia de AIDS dos anos 70, e tiveram sua inabilitação mantida mesmo após a determinação da obrigatoriedade de testagem laboratorial para o vírus.

Ainda, cabe pontuar que os HSH são excluídos de pronto quando da análise, mesmo que os demais critérios de triagem estejam em consonância com o Regulamento Técnico. Um homem heterossexual com triagem clínica e estilo de vida idênticos ao de um homem integrante da comunidade LGBTQIA+ está habilitado para doar sangue, por outro lado, o segundo é classificado como inapto temporário única e exclusivamente em virtude do disposto no art. 64, IV da portaria nº 158/2016.

## 2.2 Direitos da personalidade infringidos

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Título II Magna Carta revela os direitos fundamentais e garantias individuais trazidos como resultado de um longo processo histórico que possui como centro o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Nesse

---

<sup>50</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: <[https://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)> Acesso em 17 de abril de 2021.

sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>51</sup> aduzem que, em sua materialidade, os direitos fundamentais “são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”.

Como consequência da dimensão objetiva de tais direitos, houve a expansão de sua perspectiva, não mais enxergados como individualistas, e sim como valores a serem fomentados e preservados, garantindo então, a tutela do bem que cada direito expressa. Outrossim, a objetividade dos direitos fundamentais predispõe, ainda, um dever de proteção pelo Estado contra atos dos próprios Poderes Públicos, que deve adotar medidas para efetiva proteção dos direitos fundamentais.

Importante na afirmação dos direitos fundamentais, a inversão da tradicional perspectiva de direitos e deveres do indivíduo perante o Estado se evidencia na medida em que ocorre o reconhecimento de que o sujeito possui, à frente, direitos e, somente após, os deveres perante o Estado, este que deve atuar com o objetivo de tutelar de forma mais adequada os cidadãos. Acerca do assunto, Norberto Bobbio declara que:

[...] a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade.<sup>52</sup>

Nessa toada, com surgimento no século XIX e na esfera do direito civil, a proteção da personalidade teve impulso e desenvolvimento com a teorização e efetiva regulação dos direitos subjetivos privados a esta relacionados. O cenário após a Segunda Guerra Mundial resultou na incorporação de cláusulas gerais que promovem a proteção da personalidade, na criação de direitos constitucionais e nos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Os direitos da personalidade são, pois, caracterizados como o ponto de convergência entre o direito constitucional e o direito civil e:

[...] mesmo no caso de apenas terem sido previstos expressamente na legislação infraconstitucional, os direitos de personalidade seriam direitos materialmente

<sup>51</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 248

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 4.

fundamentais, já que radicados na dignidade da pessoa humana e essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade, cuidando-se, nesse sentido, sempre e pelo menos de direitos fundamentais (e, portanto, de matriz constitucional) implícitos.<sup>53</sup>

Entende-se, portanto, que independentemente de onde estão contidos, se em dispositivo ou capítulo destinados a eles, se no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional, os direitos da personalidade são identificados por seu conteúdo, ou seja, pelo bem jurídico tutelado.<sup>54</sup>

[...] como, aliás, se dá no caso brasileiro, visto que foi apenas no Código Civil de 2002 que os direitos de personalidade ganharam um espaço de reconhecimento direto em nível de legislação ordinária, mas o elenco de direitos ali reconhecidos (de qualquer modo, em caráter ilustrativo) contempla direitos não expressamente nominados na Constituição Federal.<sup>55</sup>

Considerados como direitos materialmente fundamentais, com fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade possuem significativa importância na proteção de interferências na esfera pessoal dos indivíduos. Constitui-se, pois, como “[...] um direito de liberdade, no sentido de um direito de qualquer pessoa a não ser impedida de desenvolver sua própria personalidade e de se determinar de acordo com suas opções.”<sup>56</sup>

No que tange à titularidade, os direitos da personalidade possuem como titulares toda e qualquer pessoa viva, ou seja, são de titularidade universal, independentemente do estado físico e mental em que se encontram e, também, independente se maiores de idade ou não. Já os destinatários dos direitos da personalidade são, em regra, as entidades e órgãos que integram o Poder Público, mas não somente estes, uma vez que os particulares ocupam relevante lugar “pois tais direitos são também altamente expostos a violação e ameaça de violação na esfera das relações privadas”, caracterizando a oponibilidade erga omnes destes.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 478

<sup>54</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 479-480

<sup>55</sup>Ibidem. p. 479

<sup>56</sup>Ibidem. p. 481

<sup>57</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 484

Quanto às demais características dos direitos da personalidade, que, ressalta-se, são direitos materialmente fundamentais - mas que nem todos os direitos fundamentais possuem tais características -, tem-se o caráter extrapatrimonial, diretamente relacionado ao objeto, o bem tutelado. Diferentemente do direito de propriedade, os direitos da personalidade não tratam de bens patrimoniais, mas sim de valores, bens ou interesses com elo na subjetividade de cada indivíduo, ainda que sua lesão possa ser refletida e reparada economicamente.<sup>58</sup>

Além desta característica, os direitos da personalidade são direitos indisponíveis. Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a característica da indisponibilidade evidencia-se na medida em que os direitos da personalidade não admitem transmissão a outrem, seja em vida ou em morte, bem como sua alienação, a título gratuito ou oneroso.<sup>59</sup> Muito embora o aduzido, os autores ressaltam que, eventualmente, em casos específicos, admite-se a cessão de seu exercício.

[...] Essa indisponibilidade dos direitos da personalidade, no entanto, deve se compreendida em perspectiva relativizada, apenas impedindo que o titular possa deles dispor em caráter permanente ou total, sem que se dele retire a possibilidade de prática de um certo nível de disponibilidade, como no exemplo da cessão de imagem ou da doação de órgãos humanos.<sup>60</sup>

Em continuidade ao exposto, os direitos que envolvem a proteção da personalidade são, em regra, irrenunciáveis. Segundo parte da doutrina, há vinculação direta apenas da parte do conteúdo que toca a dignidade da pessoa humana, sendo as demais partes dotadas apenas de uma eficácia indireta.<sup>61</sup> Sobre o caráter irrenunciável dos direitos da personalidade, Ingo Sarlet aduz que:

[...] devem ter uma especial projeção nas relações privadas e atrair um controle extremamente rigoroso quando se cuida de lhes impor limites e restrições. Assim, necessária uma estrita observância dos critérios da proporcionalidade, além da cuidadosa salvaguarda do núcleo essencial dos direitos de personalidade, que somente poderão ser limitados em circunstâncias especiais, embora o rigor do controle das restrições seja tanto maior quanto mais próximo o direito se situar da dignidade humana.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 485

<sup>59</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15ª ed, rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 183

<sup>60</sup> Ibidem. p. 184

<sup>61</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 485

<sup>62</sup> Ibidem. p. 485

Destarte, ao analisar a restrição imposta no art. 64, IV da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, alínea “d” da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34 da ANVISA, observa-se a violação a direitos da personalidade - direitos materialmente fundamentais e constitucionalmente garantidos, expressa e implicitamente -, como a seguir explanado.

### 2.2.1 Violação ao direito à sexualidade

Para início, insta pontuar que o direito à sexualidade compreende o direito à liberdade sexual e, também, o direito à livre orientação sexual. Compreende-se que o direito à sexualidade perpassa três gerações de direitos fundamentais, sendo o direito à liberdade sexual identificado como de primeira geração, pois inerente ao direito individual à liberdade.

[...] é de se reconhecer que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade, pois compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se assim de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.<sup>63</sup>

O direito à liberdade é enquadrado como um direito fundamental de defesa, o qual veda “interferências estatais no âmbito de liberdade dos indivíduos e, sob esse aspecto, constituem normas de competência negativa para os Poderes Públicos”<sup>64</sup>, sendo assim, o Estado é compelido a não prejudicar o exercício da liberdade do indivíduo material e juridicamente.

Não obstante, o direito à livre orientação sexual é classificado como um direito de segunda geração, uma vez que as pessoas LGBTQI+ enfrentam o preconceito e a discriminação da sociedade, que os coloca à margem social e, por conseguinte, em situação de hipossuficiência jurídica.

<sup>63</sup> DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Maria Berenice Dias, 2010. p.2 Disponível em: <[http://www.berenedias.com.br/manager/arq/\(cod2\\_650\)16\\_liberdade\\_sexual\\_e\\_direitos\\_humanos.pdf](http://www.berenedias.com.br/manager/arq/(cod2_650)16_liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf)> Acesso em 17 de abril de 2021.

<sup>64</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 232

A hipossuficiência social que se dá por preconceito e discriminação gera, por reflexo, a hipossuficiência jurídica. A deficiência de normação jurídica relega à margem do Direito certas categorias sociais, cujo critério não é o econômico. Não se pode, portanto, deixar de incluir como hipossuficientes os homossexuais. Mesmo quando fruam de uma condição econômica suficiente, são social e juridicamente hipossuficientes.<sup>65</sup>

Nessa toada, tem-se os direitos a prestação que “buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo dessas liberdades”<sup>66</sup>. Ao passo que direitos de defesa se constituem como obrigações negativas, os direitos à prestação ensejam obrigações positivas do Estado, pois “supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os Poderes Públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil”<sup>67</sup>. A respeito da diferença de funções dos direitos, Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>68</sup> pontua que “[...] Enquanto os direitos de abstenção visam assegurar o status quo do indivíduo, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes para o futuro da sociedade”.

Ainda, o direito à livre sexualidade adentra a terceira geração de direitos fundamentais, esta que trata dos direitos da coletividade e, em diferente classificação, direitos de participação.

Há quem situe essa categoria de direitos fundamentais ao lado das referentes aos direitos de defesa e aos direitos a prestação. Seria constituída pelos direitos orientados a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade do País.<sup>69</sup>

No que refere a esse ponto, Maria Berenice Dias ratifica que os direitos de terceira geração tratam-se de direitos decorrentes da natureza humana, mas que possuem característica genérica e solidária, visto que para que uma pessoa alcance-o, faz-se necessário que seja garantido por todos os indivíduos. Destarte, para que o direito à sexualidade seja exercido por uma pessoa, a sociedade como um todo deve reconhecê-lo e garanti-lo.

---

<sup>65</sup> DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Maria Berenice Dias, 2010. p.1. Disponível em: <[http://www.berenedias.com.br/manager/arq/\(cod2\\_650\)16\\_liberdade\\_sexual\\_e\\_direitos\\_humanos.pdf](http://www.berenedias.com.br/manager/arq/(cod2_650)16_liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf)> Acesso em 17 de abril de 2021.

<sup>66</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.235

<sup>67</sup> Ibidem. p. 235

<sup>68</sup> Ibidem. p. 234

<sup>69</sup> Ibidem. p. 246

A realização integral da humanidade abrange todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana e inclui o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, a ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos. É um direito de solidariedade, sem o qual a condição humana não se realiza, não se integraliza.<sup>70</sup>

Em vista disso, a autora ressalta a fundamentalidade do direito à liberdade sexual, afirmando ser imprescindível sua aceitação e respeito, para formação de sua personalidade, a fim de que o indivíduo possa se consubstanciar como ser humano. Ao ser privado do livre exercício de sua liberdade sexual, o sujeito encontra-se em situação de vulnerabilidade social e jurídica, tratando-se, portanto, de um grupo carente de maior proteção do estado enquanto seres humanos detentores de direitos.

A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não se realiza, falta-lhe a liberdade, que é um direito fundamental.<sup>71</sup>

Em que pese a heterossexualidade ainda ser vista como a “opção natural”<sup>72</sup>, a construção da liberdade sexual como traço da personalidade do indivíduo importou na aceitação das diversas maneiras de vivência do prazer sexual. Como avanço na temática, tem-se que

[...] As possibilidades de realização do prazer sexual com pessoas do mesmo sexo já são razoavelmente aceitas. O homossexual contemporâneo pode mesmo se desligar do caráter supostamente desviante de sua atuação. A bissexualidade, por sua vez, já é comum, e pode ser vivida sem se tornar uma opção definitiva. [...] As diversas teorias que enquadravam a homossexualidade como patologia são tidas como anacrônicas, ao menos do ponto de vista científico. O que se chamava “perversão” revela-se como opção individual de escolha da busca pelo prazer, ao mesmo tempo em que se preceitua a democracia como uma possível afirmação da pluralidade sexual.<sup>73</sup>

Concernente à proibição de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens, sua exclusão temporária do rol de doadores aptos equivale, a valer, na violação de

<sup>70</sup> DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Maria Berenice Dias, 2010. p.1. Disponível em: <[http://www.berenedias.com.br/manager/arq/cod2\\_65016\\_liberdade\\_sexual\\_e\\_direitos\\_humanos.pdf](http://www.berenedias.com.br/manager/arq/cod2_65016_liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf)> Acesso em 17 de abril de 2021

<sup>71</sup> Ibidem. p. 2.

<sup>72</sup> RIBEIRO, Gustavo P. L.; TEIXEIRA, Ana Carolina B. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P. 281-282

<sup>73</sup> Ibidem. p. 281.

seu direito à liberdade sexual. Ao inserir a condição de tempo entre o ato sexual e o ato de candidatura à doação, a Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde<sup>74</sup> - que tem por finalidade regulamentar as doações de sangue no Brasil - impõe ao doador que tenha decorrido 12 meses da relação sexual com outro homem, o que consiste em abdicar de sua vida sexual para que na entrevista individual, primeira etapa do procedimento de doação de sangue, este seja considerado apto a doar. A exigência feita no art. 64, inciso IV da norma impede, assim, que o doador exerça seu direito à liberdade sexual.

A respeito do tema, Maria Berenice Dias<sup>75</sup> ensina que o sujeito privado do livre exercício de sua sexualidade é, em verdade, desprovido de sua própria realização enquanto ser humano. A diversidade sexual existe, fato que basta para merecer a tutela jurídica. O preconceito enraizado não deve ensejar que um grupo social seja excluído de realizar uma ação tão somente em razão de sua sexualidade.

[...] Assim, na medida em que a identidade só se constrói na presença do outro, é necessário que haja o reconhecimento público das diversas formas de vivência sexual. Tal aporte passa pela política de autoafirmação de identidades possíveis (homossexualidade, heterossexualidade, bissexualidade, pansexualidade, celibato, etc.) e nunca limitadas heteronormamente como forma de viver.<sup>76</sup>

Com a observância do princípio abarcado no art. 3º, inciso IV da Constituição Federal<sup>77</sup>, o qual veda discriminação de qualquer ordem ou tipo, incluindo a discriminação sexual, rejeitar a doação de sangue de um candidato ou impor restrição que resulta em abster-se do exercício de sua sexualidade para que este seja considerado apto, exclusivamente por sua orientação sexual, significa adentrar na esfera da privacidade do indivíduo e infringir a dignidade humana.

Em virtude do próprio preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do direito. Mas imperativa sua inclusão no rol dos direitos humanos fundamentais,

<sup>74</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: <[https://bvsm.sau.gov.br/bvs/sauolegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsm.sau.gov.br/bvs/sauolegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)> Acesso em 17 de abril de 2021. Art. 64, IV.

<sup>75</sup> DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Maria Berenice Dias, 2010. Disponível em: <[http://www.berenedias.com.br/manager/arq/\(cod2\\_650\)16\\_liberdade\\_sexual\\_e\\_direitos\\_humanos.pdf](http://www.berenedias.com.br/manager/arq/(cod2_650)16_liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf)> Acesso em 17 de abril de 2021

<sup>76</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15ª ed, rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.183

<sup>77</sup> BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

como expressão de um direito subjetivo que se insere em todas as suas categorias, pois ao mesmo tempo é direito individual, social e difuso. [...] Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais que acabam por causar sentimento de rejeição e sofrimentos.<sup>78</sup>

### 2.2.2 Violação ao direito à autodeterminação

Frente ao preconceito e estigma que carregam perante a sociedade, as pessoas integrantes da comunidade LGBTQI+ amargam a constante necessidade de afirmação de quem se é e de suas respectivas orientações sexuais. A luta pelo reconhecimento da diversidade sexual e pela realização de efetivas mudanças sociais que proporcionem a materialização de seus direitos esbarra na possibilidade de autoafirmação da identidade sexual dos indivíduos, esta que compreende a identidade humana e a expressão de seus atributos e características.

Ao falar em vida humana digna, fala-se na autonomia que o indivíduo deve ter de autodeterminar-se e, com isso, decidir sobre o desenvolvimento de sua personalidade e o curso de sua própria vida. Para Luís Roberto Barroso<sup>79</sup>, a imposição de fatores externos que impeçam decisões relativas às escolhas personalíssimas de um indivíduo incorre na violação de sua autonomia privada.

Por autonomia privada, o autor define que “está na origem dos direitos individuais, das liberdades públicas, que incluem, além das escolhas existenciais acima referidas, as liberdades de consciência, de expressão, de trabalho e de associação, dentre outras”.<sup>80</sup> A ingerência externa na autonomia privada de um sujeito de direitos fere sua própria dignidade.

A dignidade humana identifica (i) o valor intrínseco de toda pessoa, significando que ninguém na vida é um meio para a realização de metas coletivas ou projetos

<sup>78</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. Maria Berenice Dias, 2010. p. 8.

Disponível em:

<[http://www.berenedias.com.br/manager/arq/\(cod2\\_648\)26\\_homoafetividade\\_e\\_o\\_direito\\_a\\_diferenca.pdf](http://www.berenedias.com.br/manager/arq/(cod2_648)26_homoafetividade_e_o_direito_a_diferenca.pdf)>

Acesso em 18 de abril de 2021.

<sup>79</sup> BARROSO, L. R. “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 246

<sup>80</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p. 247

personais dos outros; (ii) a autonomia individual – cada pessoa deve ter autodeterminação para fazer suas escolhas existenciais e viver o seu ideal de vida boa, assegurado um mínimo existencial que a poupe da privação de bens vitais; e (iii) a limitação legítima da autonomia por valores, costumes e direitos das outras pessoas e por imposição normativa válida (valor comunitário).<sup>81</sup>

Acerca do tema, a ministra Rosa Weber afirma que o direito à autodeterminação da pessoa consiste na livre afirmação de sua identidade “[...] como consequência dos direitos fundamentais à liberdade, à privacidade, à igualdade e à proteção da dignidade da pessoa humana.”<sup>82</sup> Para as pessoas LGBTQIA+, a consumação de uma vida digna importa na possibilidade de autoafirmar sua sexualidade e gênero e do consequente reconhecimento de sua identidade perante a sociedade.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275, a respeito da possibilidade de alteração do sexo contido no registro civil sem que seja necessária autorização judicial ou a realização de cirurgia de mudança do sexo para tal, em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski declamou que:

A autodeterminação da pessoa “trans” deve integrar o patrimônio normativo na luta por reconhecimento deste grupo minoritário. Isso quer dizer que, numa sociedade igualitária e democrática, que respeite os direitos fundamentais, as pessoas devem ver reconhecido seu direito ao nome e ao gênero de acordo com sua autoidentificação, sem que possam ser exigidas condicionantes irrazoáveis.<sup>83</sup>

Em igual sentido, o ministro Celso de Mello destacou em seu voto que a autodeterminação do próprio gênero representa a manifestação do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, este traduzido como direito humano essencial que deve ser respeitado. Sobre a importância do direito à autodeterminação, o Ministro cita que “é preciso insistir, desse modo, na asserção de que as pessoas têm o direito fundamental ao

---

<sup>81</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p. 509.

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 1º de fevereiro de 2018, p. 61. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>> Acesso em: 19 de abril de 2021

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 1º de fevereiro de 2018, p. 116-117. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>> Acesso em: 19 de abril de 2021.

reconhecimento de sua identidade de gênero e de serem tratadas em consonância com essa mesma autopercepção por elas revelada”.<sup>84</sup>

### 2.2.3 Violação ao direito à integridade psicofísica

Ocupando posição primordial no sistema de direitos da personalidade, tem-se o direito à vida e a integridade psicofísica, isto, pois consiste na situação jurídica mais importante para o indivíduo, uma vez que sem vida inexistente a própria pessoa e sua personalidade. Para Francisco Amaral, a vida humana representa o processo de formação do ser, compondo-se de aspectos biológicos, psíquicos e espirituais.

[...] Biologicamente, é o processo de atividade orgânica e de transformação permanente do indivíduo, desde a concepção até a morte. Psicologicamente, é a percepção do mundo interno e externo ao indivíduo. Espiritualmente, significa inteligência e vontade.<sup>85</sup>

Com vistas a conceder definição ao direito, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, em sua obra, afirmam ser o direito à integridade física a proteção jurídica do corpo humano, incluindo-se a tutela do corpo vivo e do corpo morto, seus tecidos, órgãos e demais partes sujeitas a separação.<sup>86</sup> Noutro giro, classificam o direito à integridade psíquica, ou moral, como a “[...] proteção conferida aos atributos psicológicos relacionados à pessoa, tais como a sua honra, a liberdade, o recato, a imagem, a vida privada e o nome. Tutela, pois, a higidez psíquica da pessoa, sempre à luz da necessária dignidade humana”<sup>87</sup>. A proteção da integridade psíquica abrange, portanto, a incolumidade moral, o conjunto psicológico que estrutura o ser humano.

No tocante ao ordenamento jurídico brasileiro, a tutela da integridade psicofísica é expressamente garantida em diversos diplomas legais, como no Código Civil, no Código Penal e, também, na própria Constituição da República. Como bem jurídico fundamental, o

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 1º de fevereiro de 2018, p. 124. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>> Acesso em: 19 de abril de 2021

<sup>85</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

<sup>86</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15ª ed, rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 225

<sup>87</sup> Ibidem. p.253

direito à vida origina demais direitos e os concede suporte, seu início marca a formação da personalidade jurídica e sua extinção tem por consequência o fim desta. Afirma o autor que se faz fundamental a defesa do bem jurídico, a fim de que não seja promovida alteração ou destruição do funcionamento normal do corpo humano.<sup>88</sup>

O respeito ao direito à vida afirma-se como dever jurídico que possui três titulares: o próprio indivíduo, o Estado e as demais pessoas.

[...] O próprio indivíduo tem para consigo o direito-dever de legítima defesa, que consiste na reação contra agressão injusta, atual, inevitável, não excedendo o necessário à defesa. [...] Relativamente a terceiros, têm estes o dever de não matar, de não contribuir ou ajudar na morte voluntária de alguém. Quanto ao Estado, tem este o dever, negativo, de respeitar a vida dos cidadãos, e o dever, positivo, de proteger-lhes a vida, com a utilização de todos os meios jurídicos necessários.<sup>89</sup>

Nesse sentido, Ingo Sarlet ressalta a dimensão subjetiva e objetiva do direito à integridade física e psíquica, que na condição de direito subjetivo “[...] opera, em primeira linha, como direito de defesa, no sentido de um direito a não ser agredido ou ofendido em termos de integridade física e psíquica, ou seja, assume a condição de um direito à não intervenção por parte do Estado e de terceiros na esfera do bem jurídico protegido.”<sup>90</sup>

Relativamente à dimensão positiva do direito, o autor afirma que “[...] abarca a existência de um dever de prestações normativas, com destaque para a organização e o procedimento como meios de garantir os direitos fundamentais, de modo a assegurar a efetiva proteção material do direito”<sup>91</sup>. Cita-se como exemplo da atuação normativa do Estado para proteção da integridade física e psíquica dos indivíduos a criminalização de condutas atentatórias, na esfera penal, bem como a legislação disposta sobre os transplantes e as doações de órgãos como forma de resguardar os envolvidos no procedimento.

Acerca do dever de tutela jurídica do direito à integridade psicofísica a ser exercido pelo Estado, Ingo Sarlet pontua que:

<sup>88</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15ª ed, rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.215

<sup>89</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 316

<sup>90</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 469

<sup>91</sup> Ibidem. p. 469

[...] não é apenas nas hipóteses de violação do direito (intervenção efetiva no bem jurídico), mas também nos casos de ameaça e risco de afetação da integridade física e psíquica que o Estado estará vinculado na esfera do seu dever de proteção. [...] também aqui vale a premissa de que o Estado possui ampla liberdade de conformação (especialmente quando se trata do legislador) na concretização dos deveres de proteção, estando, todavia, sujeito a um controle com base nos critérios da proporcionalidade, em especial da proibição de proteção insuficiente.<sup>92</sup>

Ante o exposto relativamente ao direito da personalidade que envolve a proteção da integridade psicofísica dos indivíduos, percebe-se que no caso dos dispositivos que regulamentam a restrição de doação de sangue aos homens integrantes da comunidade LGBTQIA+ e suas eventuais parceiras houve violação ao direito à integridade psicofísica, tendo em vista que ao negar a possibilidade de realizar o ato solidário de doação de sangue por ser quem se é, por ser sua orientação sexual parte da formação de sua personalidade, o grupo restringido se vê em situação de abalo de seu conjunto psicológico. Trata-se, portanto, de atentado à incolumidade moral dos homens que fazem sexo com outros homens e suas parceiras.

### **3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5543, OS AVANÇOS PROMOVIDOS E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Tendo em vista a restrição imposta aos homens integrantes da comunidade LGBTQIA+, no presente capítulo será abordado o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543, de autoria do Partido Socialista Brasileiro (PSB), em face dos art. 64, inciso IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da ANVISA.

#### **3.1 Do relatório da lide**

Em síntese, o ajuizamento da ação teve como objetivo demonstrar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados perante a Constituição Federal de 1988 e reduzir o texto das normas em comento, tornando, assim, permitida a doação de sangue por homens que se relacionam com outros homens. Na petição inicial, o partido político aponta o tratamento discriminatório por parte do Poder Público ocasionado pela redação dos

---

<sup>92</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 470

dispositivos impugnados, ressaltando, ainda, a carência dos bancos de sangue na obtenção de doações.

O cabimento da ADI, que está prevista no art. 102, inciso I, alínea “a” da CFRB/88, foi justificado por tratarem-se os dispositivos impugnados de preceitos autônomos e primários, os quais normatizam os procedimentos hemoterápicos em todo o território nacional, e que materialmente inauguram conteúdo normativo autônomo, decorrente diretamente da Constituição Federal de 1988, passível, portanto, do controle de constitucionalidade.

A peça prossegue abordando o contexto histórico que resultou na proibição da doação de sangue por homens que se relacionam com outros homens. Como fatores principais, o autor da demanda aborda a epidemia de AIDS surgida na década de 1980 e o desconhecimento acerca da síndrome que, por conseguinte, sucedeu à associação da patologia como uma disfunção especial dos homossexuais. Conclui que:

[...] em virtude do temor e desconhecimento científico acerca do AIDS, passou-se a proibir as doações sanguíneas advindas de certos grupos sociais, dentre os quais se inseriam os homens homossexuais. E foi seguindo esse contexto mundial que o Ministério da Saúde do Brasil editou a Portaria n° 1366, no ano de 1993, proibindo pela primeira vez que homens homossexuais doassem sangue no país.<sup>93</sup>

Ainda, o texto ressalta que os avanços tecnológicos e da medicina na última década e o consequente controle da epidemia de AIDS acentuaram o debate sobre o fim da proibição de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. Cita-se como importantes feitos que contribuíram para a intensificação do movimento de queda da proibição a redução da janela imunológica do vírus HIV para 15 dias e a estabilização<sup>94</sup> da taxa de detecção de AIDS nos 10 anos que antecederam a propositura da ação.

---

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Petição inicial, 07 de junho de 2016, p. 8. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>94</sup> Ibidem. p. 8

Estima-se que cerca de 19 milhões de litros<sup>95</sup> de sangue deixaram de ser doados por conta da restrição imposta. A doação de sangue consiste em um ato solidário e configura o exercício da cidadania, impedir tal ato, segundo o autor da demanda, resulta em lesão ao “seu direito de ajudar a coletividade, de ser útil à vida de pessoa necessitada, de prestar auxílio a quem precisa, de ter atitude fraterna”.<sup>96</sup>

Nesse contexto, a edição da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 343/2002 da ANVISA promoveu alteração nas normas de procedimentos hemoterápicos. A nova redação expressa o fim da proibição permanente de doação de sangues por homens que fazem sexo com outros homens para a inabilitação temporária destes nos 12 meses após a última relação sexual ocorrida. Por conseguinte, a edição da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde também incluiu a mudança mencionada, classificando como inaptos temporários os homens que tenham se relacionado com outros homens.

Apesar de aparentar ser um avanço normativo, em conformidade com as pressões feitas para mudança da legislação, o autor da lide classifica como paradoxal a portaria editada pelo Ministério da Saúde, uma vez que sua redação contém dispositivo destinado a proibir a discriminação por orientação sexual nos serviços hemoterápicos e nas coletas de sangue. A contradição da norma evidencia-se no dispositivo que segue:

Art. 2º. § 3º. Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor.<sup>97</sup>

Fazendo contraponto com relações entre casais heterossexuais, o autor da lide ressalta que relações sexuais desprotegidas tornam capaz a transmissão do vírus causador da AIDS, independente da orientação sexual do indivíduo, entretanto, o preconceito e discriminação

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Petição inicial, 07 de junho de 2016, p. 8. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>> p. 21.

<sup>96</sup> Ibidem. p. 25.

<sup>97</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Art. 2º, § 3º. Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)> Acesso em 17 de abril de 2021.

categorizam apenas os homossexuais como grupo de risco. A promiscuidade das relações é fator que restringe a doação de sangue, como aponta o art. 64, II da portaria<sup>98</sup>, ao analisar o comportamento sexual do candidato à doação, todavia, avulta-se a dupla restrição imposta aos homens integrantes da comunidade LGBTQIA+, tendo em vista que o comportamento adequado não basta para sua habilitação.

Nesse sentido, mesmo que pratiquem atividade sexual com a devida proteção e que estejam em relacionamentos duradouros com outros homens, este comportamento considerado “adequado” e não promíscuo, percebe-se a desconsideração do comportamento sexual, pois homens integrantes da comunidade LGBTQIA+ estão impedidos de doar sangue única e exclusivamente em razão de sua orientação sexual, restrição esta não aplicada a casais heterossexuais. A Defensoria Pública da União e a Comissão Nacional de Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB requereram, no fim de 2013, a mudança do texto para que a restrição abrangesse apenas a conduta considerada efetivamente de risco, e não mais a restrição por orientação sexual.

Inobstante, outro argumento apresentado foi a segurança do procedimento de coleta e análise do sangue doado. As medidas de precaução na coleta, processamento, distribuição e utilização do material sanguíneo garantem a segurança hemoterápica, tanto do doador, quanto do receptor do sangue. As etapas para habilitação do doador consistem na realização de triagem clínica e entrevista individual do candidato, com um profissional do setor médico, para identificação de comportamentos de risco de infecções e, caso o possível doador seja aprovado, o sangue é coletado e submetido, obrigatoriamente, “[...] a exames de alta sensibilidade para detecção de DST’s, conforme elucida a própria Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde.”<sup>99</sup>

Após, o Partido proponente prossegue abordando o direito comparado, demonstrando que países como Chile, Espanha, Argentina alteraram as restrições de seus serviços

---

<sup>98</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Art. 2º, § 3º. Disponível em:

<[https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)> Acesso em 17 de abril de 2021. Art. 64, II.

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Petição inicial, 07 de junho de 2016, p. 16. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

hemoterápicos, a fim de acabar com a proibição definitiva de doação de sangue por homens que se relacionam com outros homens fundamentada na orientação sexual, alterando, assim, para a restrição de doação com base no comportamento sexual relatado pelo indivíduo, independentemente de sua sexualidade. Portanto, observa-se a mudança do conceito aplicado, de “grupos de risco” para o de “condutas de risco”. Finaliza, então, aduzindo que:

Nesse contexto, veja-se que o objetivo desta ação direta não compromete, de forma alguma, a segurança dos procedimentos hemoterápicos. O que se busca é extinguir do ordenamento jurídico brasileiro os ranços discriminatórios que, sob o véu da “proteção”, mantém exclusão social inadmissível na ordem constitucional vigente. [...] o objetivo desta ação é apenas extirpar do ordenamento jurídico pátrio a falsa e inconstitucional presunção de que os homens homossexuais são grupos de risco para a doação de sangue. É disso que se trata: viabilizar que as pessoas submetam seu sangue a exames, independentemente de sua orientação sexual e de preconceitos.<sup>100</sup>

Postulou o proponente a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados, diante da plausibilidade do direito e do perigo na demora. Ao finalizar a peça inicial, o Partido Socialista Brasileiro requereu o julgamento de procedência da ação para, ratificando a liminar, declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, “d”, da RDC nº 34/2014 da ANVISA.

O Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI nº 5543, solicitou que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e a o Ministério da Saúde prestassem informações, o que foi feito em 30/06/2016. Ambos os órgãos se manifestaram técnica e juridicamente pela manutenção da restrição, advogando que, com base em índices epidemiológicos e técnico-científicos, os dispositivos impugnados pela ADIn são de suma importância para a garantia máxima de qualidade e segurança transfusional para o receptor do sangue.

Em consonância com o expressado pela ANVISA e pelo Ministério da Saúde, a Advocacia-Geral da União<sup>101</sup> manifestou-se de forma a reiterar que os dispositivos objetos da ação não possuem teor discriminatório e que são necessários para regulação de

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Petição inicial, 07 de junho de 2016, p. 17. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>101</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 17. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

comportamentos de risco que possam ampliar o contágio de doenças sexualmente transmissíveis.

A Procuradoria-Geral da República, nos autos da ação, proferiu manifestação que classifica como discriminatória a restrição de doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens, tendo em vista se basear exclusivamente na orientação sexual do indivíduo, ressaltando que o Estado Democrático de Direito não pode impor restrições desarrazoadas à autodeterminação da pessoa, sob pena de infringir o princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.2 Do julgamento da ação

Previamente à abordagem dos votos, faz-se necessário expor o debate em torno da cognoscibilidade da ação. Tratando-se de dispositivos contidos em portaria do Ministério da Saúde e em resolução da ANVISA, os ministros do Supremo debateram acerca da competência para o julgamento dos referidos atos federais. Sobre o assunto, o relator da ação, Ministro Edson Fachin<sup>102</sup>, exprimiu que os dispositivos objetos da ação:

[...] constituem atos normativos federais que se revestem de conteúdo regulatório dotado de abstração, generalidade e impessoalidade, possuindo alta densidade normativa e não se caracterizando como simples atos regulamentares. Assim, adequado o instrumento utilizado para a aferição de sua constitucionalidade. Por fim, a discussão da questão constitucional posta adquire especial relevo em virtude de sua relação direta com o núcleo mais íntimo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o que torna imperiosa a sua apreciação pela Corte Suprema.

Quanto à questão processual em torno da competência para julgamento, por unanimidade, os ministros da Suprema Corte conheceram a ação, seguindo os termos em que votou o relator.

---

<sup>102</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 17. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

### 3.3 Dos votos

Por maioria dos votos, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado pelo Proponente para declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 34/2014 da ANVISA, nos termos do voto do Relator. Por divergências nos votos, foram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes. Destarte, faz-se necessário analisar cada voto e os argumentos apresentados.

#### 3.3.1 Ministro Edson Fachin – Relator da ação

No relatório da ação, o Ministro Edson Fachin ressalta que a exclusão de grupos de pessoas da possibilidade de realizar doação de sangue deve ser observada com redobrada atenção e dotada “de ampla, racional e aprofundada justificativa (razões públicas enfim)”<sup>103</sup>

Fundamentando seu voto, não somente, mas principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III da CRFB/88 -, como sendo o centro e norte do Estado Constitucional, o relator não se pode concordar com um modo de agir que prive uma parcela da população de sua “intrínseca humanidade ao negar-lhe, injustificadamente, a possibilidade de exercício de empatia e da alteridade como elementos constitutivos da própria personalidade e de pertencimento ao gênero humano.”<sup>104</sup>

Após aduzir que o conteúdo da restrição deve ser analisado observando, também, os direitos da personalidade a luz da Constituição Federal e os direitos fundamentais à igualdade e liberdade, previstos no art. 5º da CRFB/88, Fachin revela entendimento de que a restrição consiste em conduta discriminatória ao considerar grupos de risco – e não condutas de risco -, pois

[...] lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da

---

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 19. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>104</sup> Ibidem. p.20

orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades, como a AIDS. [...] se tais pessoas vierem a ser doadores de sangue devem sofrer uma restrição quase proibitiva do exercício de sua sexualidade para garantir a segurança dos bancos de sangue e de eventuais receptores.<sup>105</sup>

O ministro observa que, em que pese legislação não mais expressar a proibição perpétua, estabelecendo, para isso, o lapso temporal de 12 meses entre a última relação sexual e o ato da doação, as normas trazem uma condição que, para qualquer homem integrante da comunidade LGBTQIA+ e/ou suas parceiras, consiste em privá-los de uma vida sexual minimamente ativa, violando, assim, a forma de ser e existir destes. Ainda, Fachin declara que os dispositivos objetos da ação constituem restrição à autonomia privada e o reconhecimento daqueles que são impedidos de doar, pois impedem que estas pessoas exerçam o livre exercício de escolhas de vida, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável.<sup>106</sup>

Edson Fachin prossegue o voto ressaltando que a precaução e a segurança dos serviços hemoterápicos devem ser garantidas de diferente forma, esta que não envolva a autonomia de ser e existir das pessoas, pois, por si só, “[...] o fato de um homem praticar sexo com outro homem não o coloca necessária e obrigatoriamente em risco”<sup>107</sup>. Dessa forma, o ministro enfatiza que as normas que regulamentam os procedimentos hemoterápicos devem se ater a exigências que possuem embasamento nas condutas praticadas, e não na forma de ser e existir das pessoas.

Nessa toada, o ministro aborda os direitos da personalidade infringidos pela restrição imposta, pois entende que o ato de doar sangue - gesto gratuito de alteridade e solidariedade para com seu próximo - consiste em elemento da personalidade, que se vê restringido e, por conseguinte, anulando outra face da personalidade do indivíduo: seu direito à liberdade sexual.<sup>108</sup>

[...] Se é possível que o quadrante normativo da política pública garanta precaução e segurança a partir de limitações baseadas em condutas, as restrições existentes

<sup>105</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 22. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>106</sup> Ibidem. p.29

<sup>107</sup> Ibidem. p.29

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 33. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

devem recair sobre estas, e não sobre as expressões e orientações existenciais que constituem a personalidade dos sujeitos candidatos a doadores de sangue.<sup>109</sup>

Ao dar sequência ao voto, disserta que o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da ANVISA impõem tratamento desigual injustificado, afrontando-se o direito fundamental à igualdade disposto no art.5º, caput, da CRFB/88.<sup>110</sup> O relator prossegue afirmando que a restrição imposta tem como foco o gênero da pessoa e não a conduta de risco, esta sim que deve definir a aptidão ou inaptidão para a doação de sangue. Dessa forma, o ministro exprime que a restrição imposta pelos dispositivos objetos da ação direta:

[...] se está a aviltar indevidamente, com base na orientação sexual e no gênero, o gesto livre e solidário de doação de sangue, tratando os homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes de forma desvalorada em relação a todas as demais pessoas. Há, nesse quadrante, violação flagrante à igualdade inscrita no art. 5º, caput, da Constituição da República<sup>111</sup>

Ainda, Edson Fachin ressalta que apenas haverá a materialização do direito fundamental à igualdade, a concessão de valor idêntico e igual consideração e respeito a todos.

[...] se as políticas públicas de doação de sangue deixarem de lado restrições baseadas na orientação sexual e no gênero dos candidatos a doadores e passarem a estabelecer limitações e condicionantes gerais que digam respeito às condutas, práticas, comportamentos, daqueles que querem doar.<sup>112</sup>

O relator declara que a política restritiva adotada na Portaria do Ministério da Saúde e na Resolução da ANVISA causa o que a doutrina nomeia como impacto desproporcional. Trata-se de uma limitação de caráter desproporcional que foi imposta sem intenção, classificando-a, portanto, como discriminação indireta direcionada ao grupo social afetado pela norma. E, por fim, expressa que os dispositivos impugnados afrontam a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, estes que são tratados

---

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 34. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>110</sup> Ibidem. p. 35

<sup>111</sup> Ibidem. p. 36

<sup>112</sup> Ibidem. p. 37

internacionais que versam sobre direito humanos, materialmente constitucionais, como disposto no art. 5º, § 2º da Carta Magna.

### 3.3.2 Ministro Luís Roberto Barroso

Contextualizando a demanda, o ministro inicia seu voto destacando que a justificativa apresentada pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA “foi a de que a prática sexual entre homens constitui conduta de risco em razão da maior probabilidade que, neste tipo de relação, advém para o contágio de doenças sexualmente transmissíveis”<sup>113</sup>, tais como a AIDS. Nesse seguimento, Barroso destaca, também, que a regulamentação prevê a obrigatoriedade de que todo sangue doado seja submetido a testes laboratoriais para detecção de DST’s, fazendo a devida menção à janela imunológica:

É por causa dessa janela imunológica que os testes laboratoriais não são considerados suficientes e é por esta razão que existe toda essa regulamentação que nós estamos tratando aqui e se faz essa triagem clínico-epidemiológica dos doadores, focada basicamente na entrevista que é feita aos candidatos.<sup>114</sup>

Merece relevo o entendimento proferido de que, no caso em comento, houve significativa evolução do conhecimento e da ciência no aperfeiçoamento de técnicas e que, na visão do ministro, “superaram compreensões que se estabeleceram há algum tempo”.<sup>115</sup>

O ministro expõe que a norma indiscutivelmente cria situação de desequiparação em relação ao grupo social privado de doar sangue, entretanto, afirma que é possível existir o tratamento discriminatório, desde que este seja fundamento de forma legítima e razoável. Disserta que a queixa feita pelo Proponente, de que há discriminação na norma a um grupo historicamente estigmatizado, é plausível, no entanto, está em contraponto ao interesse público de proteção da saúde pública, de proteção à saúde do receptor do sangue doado. Neste sentido, Barroso opina que:

[...] a defesa do interesse público pode permitir a imposição de medidas gravosas e restritivas a determinados direitos fundamentais. Mas quando isso acontece, quando

---

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 65. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>114</sup> Ibidem. p. 66

<sup>115</sup> Ibidem. p. 68

em nome do interesse público se impõe uma restrição a um direito fundamental, o que é preciso verificar é se essa restrição atende a um critério de proporcionalidade.<sup>116</sup>

Por último, o ministro finaliza seu voto manifestando acompanhar os termos em que votou o relator da ação, entendendo pela inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados por considerar que a restrição temporal de 12 meses possui caráter excessivo e impede a vida sexual normal. Aduz que se a norma é fundamentada na janela imunológica e no período de contágio durante esta, configura-se desproporcional um período de inabilitação que extrapole uma margem de segurança de até trinta dias, “mas um ano peca claramente pelo excesso.”<sup>117</sup>

### 3.3.3 Ministra Rosa Weber

Em seu sucinto voto, a ministra ressalta que a Suprema Corte não tem capacidade para ratificar a validade dos dados técnicos apresentados, e sim analisar, à luz da Magna Carta, se o regramento adotado resulta em afronta aos princípios constitucionais. Destarte, profere entendimento de que, por adotarem como critério a orientação sexual do doador, e não a conduta de risco, os dispositivos objetos da ação promovem tratamento discriminatório.<sup>118</sup>

Nesta acepção, Rosa Weber pontua, ainda, que as normas desconsideram o uso de preservativo ou não e o fato do parceiro ter ou não parceiro fixo, “que, a meu juízo, faria toda a diferença para efeito de definição de uma conduta de risco, nos moldes em que foi posta.”<sup>119</sup> Destarte, conclui, portanto, que os homens que fazem sexo com outros homens são privados da possibilidade de doação de sangue, pela norma, por sua orientação sexual.

### 3.3.4 Ministro Luiz Fux

Ao proferir seu voto, o ministro inicia fundamentando a inconstitucionalidade dos dispositivos na estigmatização de um grupo, já historicamente discriminado. Aduz que ao atribuir a um determinado grupo social a prática de comportamento de risco como presunção

---

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 68. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>117</sup> Ibidem, p. 69

<sup>118</sup> Ibidem, p. 72

<sup>119</sup> Ibidem, p. 73

absoluta, equiparam-se os fatores de risco aos grupos de risco. Fux cita o julgado proferido pela Corte Constitucional da Colômbia, no caso T-248/12, em que foi declarada a inconstitucionalidade da rejeição de doador de sangue em virtude de sua orientação sexual. O ministro advoga que as normas impugnadas impõem restrição injustificável aos direitos e garantias individuais dos homens LGBTQIA+ e suas eventuais parceiras, pois adotam o critério de grupos de riscos, e não de comportamento de risco.<sup>120</sup>

Avança pontuando os fatores de risco alegados nos autos pelo órgãos técnicos responsáveis pelas normas impugnadas, dentre eles, o ministro destacou a pluralidade de parceiros e o sexo anal. Acerca da pluralidade de parceiro, Fux menciona o inciso II, do artigo 64, da Portaria 158/2016, do Ministério da Saúde, o qual prevê o impedimento de doação por pessoa “que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais.”<sup>121</sup>, aplicando, portanto, a restrição ao comportamento sexual do indivíduo.

Quanto ao sexo anal como fator de risco, o ministro aborda a fala de David Uip, infectologista e então Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, que informou ser a relação anal passiva, quando praticada sem preservativo, a que mais apresenta risco de transmissão<sup>122</sup>, no entanto, pontua o ministro que o especialista não faz qualquer menção ao gênero em sua manifestação. Isto posto, Luiz Fux completa que, em se tratando do mesmo comportamento, a sexualidade dos indivíduos envolvidos é irrelevante, tendo em vista que o risco da relação anal sem camisinha é o mesmo para todos.<sup>123</sup>

Proclama que, diante da natureza científica, cabe ao Ministério da Saúde, bem como à ANVISA, com as devidas atribuições normativas para tal, a formulação das diretrizes dos serviços hemoterápicos. Não obstante, o ministro relembra que “[...] A discricionariedade do

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 77. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>121</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Art. 64, II. Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)> Acesso em 17 de abril de 2021.

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 79. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>123</sup> Ibidem. p.80

administrador frente aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente encontra limites no texto constitucional.”<sup>124</sup>

Nesse sentido, o ministro invoca urgência no desenvolvimento de pesquisas científicas que possam aumentar a eficiência dos testes laboratoriais e outras medidas científicas aceitáveis que promovam o avanço e mudança no panorama epidemiológico, para conferir maior segurança na coleta e distribuição do sangue doado, pois “a manutenção da regra discriminatória não vai estimular esse investimento em pesquisa, assim como a carência de sangue em bancos eleva sobremaneira o risco à vida de quem espera por uma transfusão”<sup>125</sup>

### 3.3.5 Ministro Alexandre de Moraes

Ao iniciar seu voto, o ministro aponta que o Partido Político autor da ação ignorou o paradigma do art. 199, § 4º da Carta Constitucional, o qual estabelece que lei disporá “[...] sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados”<sup>126</sup>, assim como não ter impugnado artigos da Lei nº 10.205 de 2001, que regulamenta o parágrafo acima transcrito. Novamente, o ministro cita a falta de impugnação, agora do Decreto 3.990 de 2001, “[...] que dispõe sobre a coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados e estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades”<sup>127</sup>. O ministro afirma a importância de se ressaltar a falta de impugnação das referidas normas, pois:

[...] em uma primeira leitura da peça inicial, levar à errônea conclusão de que a Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e a Resolução 34/2014 da ANVISA são

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 84. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>125</sup> Ibidem. p. 85

<sup>126</sup> **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 199, §4º.

<sup>127</sup> BRASIL. **Decreto 3.990, de 30 de outubro de 2001**. Regulamenta o art. 26 da Lei no 10.205, de 21 de março de 2001, que dispõe sobre a coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, e estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades. Disponível em: <

atos normativos primários editados com a finalidade específica de estabelecimento de critérios discriminatórios aos homossexuais masculinos que queiram doar sangue.<sup>128</sup>

Pontua, então que os dispositivos possuem fundamento em estudos técnicos e científicos e, a partir destes, estabeleceram uma série de restrições, não somente envolvendo a orientação sexual, cita-se, restrição a pessoas que tenham feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas, pessoas que estiverem detidas por mais de 24 horas em instituição carcerária ou policial, entre outros. O ministro sustenta que as normas constituem um conjunto de medidas fundamentadas no trinômio que rege a Política Nacional de Coleta e Transfusão de Sangue no Brasil, sendo este a “proteção à saúde do doador, proteção à saúde do receptor e requisitos essenciais para eventual responsabilização da equipe médica responsável.”<sup>129</sup>

Ao abordar o direito fundamental à igualdade, aplicando-o ao caso em comento, Alexandre de Moraes estabelece que as diferenças impostas pela norma necessitam de justificativa objetiva e razoável, a fim de que não sejam consideradas discriminatórias. Nesse seguimento, o ministro proferiu entendimento de acordo com o Relator Edson Fachin, no sentido de “[...] salientar a necessidade de diferenciar a orientação sexual das condutas de risco.”<sup>130</sup> Afirmou, no entanto, ser necessário analisar também se há maior presença de condutas de risco em determinadas orientações sexuais que permita seu tratamento diferenciado.

O ministro seguiu apresentando dados estatísticos que apontam crescimento da detecção da AIDS em homens no Brasil “[...] Em 2006, a taxa de detecção em homens era de 24,1 casos/100.000 habitantes, tendo passado para 27,9 casos/100.000 habitantes em 2016”.<sup>131</sup> e que, diversamente do que apontou o autor da ação, a norma não pretende discriminar os homens integrantes da comunidade LGBTQIA+, mas sim, com base em fundamentos técnicos e estatísticas, pretende evitar a majoração dos riscos de contaminação de receptores do sangue doado:

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 122. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>129</sup> Ibidem. p. 122

<sup>130</sup> Ibidem. p. 123

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 124. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

[...] pois as estatísticas produzidas a partir da ciência médica comprovam, conforme detalhado acima, ser condutas de risco com maior risco de transmissão do vírus HIV a relação HSHs (homens que fazem sexo com homens), independentemente de suas orientações sexuais, tanto que inexistente qualquer restrição aos homossexuais do sexo feminino.<sup>132</sup>

O ministro entende que apesar das previsões dos dispositivos impugnados não possuírem conteúdo discriminatório, é possível melhorar e tornar mais razoável a interpretação destes. Julgando parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 64 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e, em interpretação conforme à CRFB/88, no tocante à alínea 'd' do inciso XXX do artigo 25 da Resolução da Diretoria Colegiada 34/2014 da ANVISA, Alexandre de Moraes votou pela redução do texto, excluindo a expressão “e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco”, para que o material coletado e devidamente identificado seja submetido aos testes laboratoriais após o período denominado “janela imunológica”<sup>133</sup>.

### 3.3.6 Ministro Gilmar Mendes

Em seu voto, o ministro ressalta o dever estatal de adoção de políticas de combate às desigualdades e à discriminação, afirmando o direito à igualdade não somente em sua dimensão negativa, de proibição da discriminação, mas, também, com o dever de promoção de políticas de inclusão dos grupos historicamente colocados à margem da sociedade.<sup>134</sup>

Gilmar Mendes prossegue citando casos notórios em que a Suprema Corte proferiu julgados relacionados à temática LGBT, como ao julgar a ADPF 291<sup>135</sup>, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, em que foi declarada a inconstitucionalidade dos termos “pederastia ou não” e “homossexual ou não” contidas no art. 235 do Código Penal Militar. No caso, a decisão do Supremo Tribunal Federal não alterou o tipo penal que dispõe o artigo,

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 125. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>133</sup> Ibidem. p. 127-128

<sup>134</sup> Ibidem. p. 135.

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 28 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>>

permaneceu, portanto, a criminalização de atos libidinosos em ambientes castrenses, entretanto, em reconhecimento ao direito à liberdade de orientação sexual, as expressões discriminatórias foram retiradas do texto do dispositivo, de modo que evidenciou a tipificação penal em razão do desvio comportamental e não por sua orientação sexual.<sup>136</sup>

Nessa toada, o ministro aborda o julgamento em que a Suprema Corte conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 1723<sup>137</sup> do Código Civil Brasileiro, com a finalidade de excluir do dispositivo quaisquer significados que ensejassem no impedimento do “[...] reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”<sup>138</sup> Faz menção, ainda, ao julgamento da ADO nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733, ambos tratando-se da criminalização da homofobia e transfobia, assim como ao Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 670.422, em que foi proferida tese que possibilita a alteração do registro civil de pessoas transgênero sem que seja realizada cirurgia de redesignação de sexo, já abordado na presente monografia.

Cito todos esses precedentes, Presidente, para registrar um fato: parcela significativa de direitos fundamentais básicos da comunidade LGBT, como o casamento ou a utilização de nome compatível com a identidade de gênero, decorreram de decisão deste Supremo Tribunal Federal.<sup>139</sup>

Dando seguimento ao voto, o ministro realiza análise da restrição no direito comparado, concluindo que a possibilidade de doação de sangue por homens integrantes da comunidade LGBTQIA+ possui três hipóteses: (i) a possibilidade de doar sem restrição quanto à orientação sexual; (ii) a exclusão definitiva dos homens que se relacionam com outros homens; e a (iii) exclusão temporária em razão da orientação sexual, como ocorria no Brasil na vigência dos dispositivos impugnados.

---

<sup>136</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 137. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>137</sup> Dispõe o artigo 1723 atualmente que “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 constituição de família”. BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasil: Congresso Nacional, 2002. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 138. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 144. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

Gilmar Mendes segue afirmando que o avanço científico-tecnológico revolucionou o contexto atual da restrição, fazendo com que países flexibilizem suas normas e mudando o panorama normativo da restrição. Como exemplo, o ministro pontua o caso dos Estados Unidos.

[...] Por seu turno, nos Estados Unidos, diante do contexto da crise sanitária decorrente do Covid-19, a Food and Drug Administration (FDA) flexibilizou as restrições que impediram homens gays e bissexuais de doar sangue, ao alterar o período de adiamento recomendado para homens que fizeram sexo com outro homem de doze meses para três meses. Essas sucessivas reduções dos prazos de inabilitação evidenciam o caminho que se está seguindo no direito comparado.<sup>140</sup>

Analisando os dispositivos objetos da ação, o ministro manifestou ter observado a boa-fé e que a discriminação não foi pretendida, admitiu, assim, que o foco das normas foi o direito do receptor de receber o sangue livre de qualquer contaminação. Contudo, não se pode permitir o desrespeito à pluralidade da sociedade e atos discriminatórios, devendo, portanto, o Poder Judiciário atuar para cessar preconceitos. Em sua visão, o ministro salienta que o risco está associado à conduta sexual adotada - esta que não é restrita a casais homossexuais -, e não a um grupo social específico.<sup>141</sup>

Em importante comparação, o ministro pontua o tratamento distinto dedicado pela norma a homens integrantes da comunidade LGBTQIA+ e a homens heterossexuais. Nessa lógica, alega que:

[...] qualquer relação sexual com outro homem se torna obstáculo intransponível à doação, pouco importando que tenha ocorrido com parceiro fixo e com uso de preservativo. Por outro lado, os homens heterossexuais têm uma presunção de aptidão para doar, bastando que tenham feito sexo com parceira fixa nos 12 meses anteriores à doação, ainda que sem uso de preservativos.<sup>142</sup>

Destarte, Gilmar Mendes proferiu voto em consonância com o relator da ação, reconhecendo a inconstitucionalidade dos dispositivos por violarem, ainda que de forma não intencional, o objetivo constitucional disposto no art. 3º, inciso IV da Carta Magna,

---

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 145. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>141</sup> Ibidem. p. 146-147

<sup>142</sup> Ibidem. p. 151.

registrando, ainda, a importância da discussão – com potencial de salvar vidas frente à escassez de doações - no contexto da crise sanitária causada pela pandemia da Covid-19.<sup>143</sup>

### 3.3.7 Ministro Marco Aurélio

Ressaltando a singularidade e relevância do tema debatido, o ministro analisa a constitucionalidade da medida à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da não discriminação, assim como observando o dever de proteção da saúde pública.

Assim sendo, aduz que a limitação temporal disposta na norma integra um conjunto de cautelas adotadas com o objetivo de garantir a saúde pública e, por conseguinte, a integridade do receptor do sangue doado. Marco Aurélio prossegue salientando que, quando se discute questões relacionadas à saúde pública, não cabe estrear-se da ótica do preconceito, sob o risco de inviabilizar a segurança dos procedimentos hemoterápicos.<sup>144</sup>

Não há, nesse campo – da saúde –, como potencializar a ótica da promoção de ações tendentes à isonomia. Desde que fundada em argumento constitucionalmente aceitável, é possível, ao Estado, buscar política que melhor atenda ao objetivo.<sup>145</sup>

O ministro sustenta que os dados fornecidos pelos requeridos corroboram o efetivo risco em torno de homens que fazem sexo com homens, com alta incidência de contaminação, quando comparada ao restante da população. Com vistas à garantir a proteção à saúde pública, Marco Aurélio entendeu que a medida é condizente com a importância do bem jurídico tutelado: a saúde pública. Posto isto, divergiu do voto do relator, julgando, assim, improcedente a ação.<sup>146</sup>

### 3.3.8 Ministro Ricardo Lewandowski

---

<sup>143</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 153-154. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>144</sup> Ibidem. p. 157-158

<sup>145</sup> Ibidem. p. 158

<sup>146</sup> Ibidem. p. 158

Como anteriormente exposto por outros ministros, Lewandowski ressalta a ponderação entre valores e interesses: de um lado a saúde pública, do outro a dignidade humana e o princípio da não discriminação. O ministro afirma entender que as normas impugnadas não guardam conteúdo discriminatório e que eventuais redundâncias possuem razão no direcionamento a todos pela Política Nacional de Coleta e Transfusão de Sangue no Brasil.<sup>147</sup>

Apresenta, por conseguinte, aceção de que não compete à Suprema Corte o estabelecimento de prazo relacionado à janela imunológica, este que deve ser definido por autoridades competentes para tal. Afirma, ainda, que diante do contexto da pandemia causada pelo coronavírus, faz-se necessário a adoção de postura contida frente à determinação sanitária fundamentada em dados técnicos e científicos, evitando, assim, a interferência em políticas públicas. Assim sendo, votou o ministro pela improcedência da ação direta.<sup>148</sup>

### 3.3.9 Ministro Celso de Mello

O então ministro Celso de Mello limitou-se a seguir os termos em que votou o ministro Ricardo Lewandowski, que avaliou as consequências práticas da decisão, fazendo alusão ao artigo 20<sup>149</sup> da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro –LINDB. Preceituou, portanto, que a Suprema Corte não deve interferir em políticas públicas que possuem embasamento científico “que estejam produzindo resultados positivos”, assim, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

### 3.3.10 Ministro Dias Toffoli e Ministra Cármen Lúcia

Finalizando os votos, a Ministra Carmén Lúcia, então presidente do Supremo quando do início do julgamento da ação, em 2017, assim com o Ministro Dias Toffoli, presidente da Corte quando da retomada do julgamento, no ano de 2020, julgaram procedente o pedido, de

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 161. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>148</sup> Ibidem. p. 163

<sup>149</sup> Dispõe o art. 20 da LINDB que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro .Brasil. Presidência da República, 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>

forma a declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, acompanhando integralmente o voto do Ministro Relator Edson Fachin.

### 3.4 Vedação ao retrocesso social

A proibição do retrocesso configura-se como sendo a eficácia negativa das normas constitucionais, haja vista que ao tratar de direitos subjetivos, com base nas normas do ordenamento jurídico, são estes passíveis de “[...] proibições de intervenção ou mesmo proibições de eliminação de determinadas posições jurídicas”<sup>150</sup>. Entende-se, portanto, como sendo a proteção de direitos fundamentais perante medidas adotadas pelo Poder Público que tenha por intuito a supressão ou restrição destes direitos.

Muito embora diversos países latino-americanos tenham prestigiado extenso rol de direitos fundamentais em seu texto constitucional, Ingo Sarlet exprime que:

[...] há que reconhecer que, transitando do plano textual para o da realidade social, econômica e cultural, a ausência significativa de efetividade do projeto social constitucional para a maioria das populações dos países latino-americanos, marcados por níveis importantes de desigualdade e exclusão social, segue sendo um elemento caracterizador de uma face comum negativa.<sup>151</sup>

Afirma, pois, ser de fundamental relevância a preocupação com a efetivação dos níveis mínimos de proteção social, a fim de tutelar direitos fundamentais como função da democracia e manutenção do Estado Constitucional. A vedação ao retrocesso contribui, dentre outras, para reduzir a exclusão social e suas desigualdades.<sup>152</sup>

Definitivamente, há temas que não perdem sua relevância e atualidade. Dentre esses, a proteção social e os assim chamados direitos sociais seguem na agenda política e jurídica e, mais do que nunca, escancaram sua fragilidade e a dificuldade de serem assegurados em níveis condizentes com uma existência digna e de modo a assegurar padrões razoáveis de igualdade material, o que nem sempre se revela como conciliável.<sup>153</sup>

<sup>150</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição do retrocesso social no constitucionalismo latino-americano**. Rev. TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009. p.7

<sup>151</sup> Ibidem. p. 4

<sup>152</sup> Ibidem. p. 5

<sup>153</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Nada mais atual do que o problema da vedação do retrocesso social**. Rev. Consultor Jurídico, 24 de março de 2017. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2017-mar-24/direitos-fundamentais-nada-atual-problema-vedacao-retrocesso-social](http://www.conjur.com.br/2017-mar-24/direitos-fundamentais-nada-atual-problema-vedacao-retrocesso-social)> Acesso em: 15/05/2021.

Para Ingo Sarlet, o processo evolutivo do constitucionalismo somente poderá ser evidenciado “[...] a partir da tríade dinâmica constituída de textos normativos, doutrina (teorias) e jurisprudência”<sup>154</sup> Dessa forma, sem a devida observância pela doutrina, acompanhada de sua concretização no plano político e aplicação pela jurisdição constitucional, o conteúdo dos textos normativos não possuem eficácia prática.

A proibição ao retrocesso encontra fundamento na segurança jurídica e na dignidade da pessoa humana e faz-se relevante, uma vez que as medidas que resultem na supressão e diminuição de direitos fundamentais podem ocorrer “[...] sem que ocorra uma alteração do texto constitucional, sem que se verifique a violação de direitos adquiridos ou mesmo sem que se trate de medidas tipicamente retroativas”<sup>155</sup>.

Acerca da importância do reconhecimento da vedação ao retrocesso, Sarlet expressa resultar no impedimento da frustração da efetividade constitucional, bem como aduz que:

[...] negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.

Em que pese o exposto, em situações que impliquem no conflito entre direitos fundamentais - como é o caso do objeto da ADI nº 5543, em que a proteção da saúde pública é confrontada pela proibição da discriminação -, observada a dignidade da pessoa humana e feita a ponderação de direitos, fatores externos influenciam na decisão de qual direito irá prevalecer, o que, por conseguinte, poderá resultar no retrocesso de pautas que envolvem minorias sociais.

### **3.4.1 Controle concentrado de constitucionalidade**

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por via principal, como é o caso da Ação Direta de

---

<sup>154</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição do retrocesso social no constitucionalismo latino-americano.** Rev. TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009. p.1

<sup>155</sup> Ibidem. p. 12

Inconstitucionalidade, pressupõem um controle abstrato, considerando que não há caso concreto a ser analisado, e sim a constitucionalidade da própria lei.<sup>156</sup>

Em sua obra, Luís Roberto Barroso preceitua que a ação direta designa-se “[...] à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição”<sup>157</sup>, e derivando-se do modelo austríaco de constitucionalismo, que estabelece a guarda da Constituição a um único órgão em sede de controle concentrado, é o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição da República, na forma do art. 102, caput, da Magna Carta.

A Lei nº 9.868 de 1999 aborda de forma conjunta a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade. Para as hipóteses de procedência ou improcedência das ações, exige-se a manifestação de seis Ministros para, assim, configurar a maioria da Corte, como dispõe o art. 23 da referida lei. Uma vez declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma em sede de ação direta/declaratória, ressalvando-se a hipótese de oposição de embargos de declaração, na forma do art. 26 da Lei 9.868/99, a decisão proferida não é passível de recurso.

[...] Assim, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade tem natureza jurisdicional. Como consequência, uma vez operado o trânsito em julgado, tal decisão estará abrigada pela autoridade da coisa julgada. Isso significa que, não estando mais sujeita a recurso, seu conteúdo se tornará indiscutível e imutável (CPC, art. 467).<sup>158</sup>

Como características da decisão, Barroso ressalta o efeito retroativo, salvo se a Corte decidir expressamente o contrário<sup>159</sup>, sua eficácia erga omnes e, por último, o efeito

<sup>156</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

<sup>157</sup> Ibidem. p. 126

<sup>158</sup> Ibidem. p. 141

<sup>159</sup> Dispõe o art. 27 da Lei nº 9.868/99 que “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasil: Congresso Nacional, 1999. Disponível em:

<

vinculante aos órgãos que integram o Poder Judiciário e a Administração Pública. Observa-se, dessa maneira, a não vinculação do Poder Legislativo, que no exercício de sua atividade legiferante, poderá editar norma com mesmo teor da impugnada na ação direta. Sobre o tema, Luís Roberto Barroso expressa que:

No direito brasileiro, a rigor técnico, não há como impedir que o órgão legislativo volte a prover acerca da matéria e, ao fazê-lo, incorra em inconstitucionalidade da mesma natureza. Por tal razão, não caberá reclamação perante o Supremo Tribunal Federal na hipótese de edição de norma de conteúdo idêntico ou similar, por não estar o legislador vinculado à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente. O caso será de ajuizamento de nova ação direta.<sup>160</sup>

Os dispositivos impugnados na ADI nº 5543, objeto deste capítulo, tratam-se de preceitos autônomos, decorrentes diretamente do texto constitucional, contidos em normas federais editadas por órgãos da Administração Pública – Ministério da Saúde e ANVISA – com objetivo de estabelecer uma série de exigências técnicas feitas pelo Decreto nº 3.990/01 e pela Lei nº 10.205/01, os quais o ministro Alexandre de Moraes entende ser o substrato normativo<sup>161</sup>.

Acerca do tema, Barroso ensina que, em caso de descumprimento da decisão judicial proferida pela Suprema Corte, com efeito erga omnes e vinculante aos órgãos da Administração Pública, estes estão sujeitos a responsabilização.

No tocante aos órgãos da Administração, eventual descumprimento da orientação do Tribunal sujeitar-se-á à impugnação pelos meios judiciais cabíveis, podendo ser o caso, igualmente, de responsabilização do agente público.<sup>162</sup>

Na hipótese do caso em comento, a decisão proferida pelo STF na ação direta de inconstitucionalidade nº 5543 vincula o Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária a não mais considerar homens que fazem sexo com outros homens como inaptos temporários de realizar o ato de doar sangue.

<sup>160</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 145.

<sup>161</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07 de junho de 2016, p. 120. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

<sup>162</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 145.

Muito embora o Ministério da Saúde e a ANVISA estejam vinculados à decisão de mérito proferida pelo STF, expressa o §4º do art. 199 da Constituição Federal que “[...] lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”, por conseguinte, infere-se que a atividade legiferante do Poder Legislativo não está impedida de incluir novamente tal restrição imposta.

### **3.4.2 Mudança de configuração da Corte**

Desde o início do julgamento da ação, em 19 de outubro de 2017, até o fim, em 11 de maio de 2020, a composição da Suprema Corte não foi alterada. Dessa forma, permaneceram os ministros Dias Toffoli, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes, os quais julgaram o feito procedente por maioria de 7 votos a 4, como anteriormente exposto.

Atualmente, a Corte possui nova configuração em razão da aposentadoria do Ministro Celso de Mello, ocorrida em 13 de outubro de 2020. A vaga foi ocupada por Kassio Nunes Marques, indicação feita pelo atual Presidente da República Jair Bolsonaro. Sabe-se que no curso de seu primeiro mandato, tendo em vista a data limite para aposentadoria do Ministro Marco Aurélio findar no presente ano, Jair Bolsonaro possui mais um ministro a indicar.

Há, ainda, a possibilidade de reeleição do atual Presidente da República, que faria mais duas indicações à Suprema Corte, considerando as datas limites para aposentadoria dos Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber serem no ano de 2023. Com isso, na hipótese de reeleição, a composição da Corte se dividirá em ministros com indicações de Presidentes de correntes e políticas opostas.

Ao pensar em uma configuração futura da Suprema Corte, tem-se uma composição com indicações feitas por Presidentes de diferentes vertentes políticas no que tange as minorias sociais: uma indicação feita por Fernando Henrique Cardoso, duas indicações feitas

por Luiz Inácio Lula da Silva, três indicações feitas por Dilma Rousseff, uma indicação feita por Michel Temer e, eventualmente, quatro indicações feitas por Jair Bolsonaro.

### 3.4.3 Ativismo político nas decisões judiciais

Ratificando a expansão e importância do Poder Judiciário na democracia contemporânea, em sua obra, Luís Roberto Barroso aponta três causas para o desenvolvimento do fenômeno chamado judicialização da política, são elas: (i) reconhecimento do Poder Judiciário independente e dotado de força; (ii) a desilusão com a política, tendo em vista a crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos; e (iii) a sensibilidade e polêmica de questões que envolvem discordância moral razoável perante a sociedade, em que atores políticos preferem atribuir o judiciário como instância decisória.<sup>163</sup>

Importantes temas foram decididos por meio do Poder Judiciário, tais como, as uniões homoafetivas (ADI 4277 e ADPF 132), legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3.330), interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54), liberdade de expressão e racismo (HC 82.424-RS — caso Ellwanger), entre outros. Nesse diapasão, Barroso afirma que a judicialização consiste em circunstância do desenho institucional brasileiro, já quanto ao ativismo leciona ser:

[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala — e este é o caso do Brasil — em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>164</sup>

Com vistas a defender a atuação judicial da influência imprópria da política, apontam-se dois importantes instrumentos, sendo eles, a independência do Poder Judiciário em relação aos órgãos de governo de natureza política, bem como a vinculação de sua atuação ao direito posto, com observância obrigatória da Constituição e demais leis do ordenamento.<sup>165</sup>

<sup>163</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. P. 253

<sup>164</sup> Ibidem. p. 255

<sup>165</sup> Ibidem. p. 259

Como modelo idealizado tem-se que o direito é imune a interferências e influências políticas, prevalecendo a independência do Poder Judiciário e no vínculo ao direito posto a que a figura do juiz é submetida. Barroso afirma que “[...] nos casos em que há participação política na nomeação de magistrados para tribunais, ela se esgota após a posse, pois a permanência vitalícia do magistrado no cargo já não dependerá de qualquer novo juízo político”<sup>166</sup>, com direito e política habitando ambientes apartados.

Nada obstante, o ministro ressalta existir modelo oposto, denominado modelo cético ou realismo jurídico, o qual desacredita da separação entre direito e política, procurando descrever as situações jurídicas como de fato ocorrem, e não como deveriam ser. Relativamente ao tema, Barroso declara que se trata de fantasia do formalismo jurídico a figura de um juiz imparcial e apolítico, livre de influências, bem como ensina que:

Decisões judiciais refletem as preferências pessoais dos juízes, proclama o realismo jurídico; são essencialmente políticas, verbera a teoria crítica; são influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos, registram os cientistas sociais. Todo caso difícil pode ter mais de uma solução razoável construída pelo intérprete, e a solução que ele produzirá será, em última análise, aquela que mais bem atenda as suas preferências pessoais, sua ideologia ou outros fatores externos, como os de natureza institucional.<sup>167</sup>

Para o ministro, o modelo real consiste em dose razoável de ambos os modelos anteriormente citados, o idealizado e o cético, manifestando que as decisões judiciais proferidas, constantemente, irão refletir fatores externos ao direito, incluindo-se valores pessoais e ideologias dos julgadores.<sup>168</sup>

## CONCLUSÃO

Sabe-se que um longo processo de afirmação de direitos das pessoas LGBTQIA+ está sendo percorrido, tendo em vistas as transformações vivenciadas pela sociedade com a interação entre indivíduos e o conseqüente surgimento de novas identidades e demandas por direitos, tornando a sociedade cada vez mais plural e com necessária adequação de suas

---

<sup>166</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 265

<sup>167</sup> *Ibidem*. p. 265

<sup>168</sup> *Ibidem*. p. 251

normas, com o intuito de eliminar conteúdo discriminatório contra quaisquer minorias sociais nestas contidos.

A minoria social LGBTQIA+ vive atualmente o que se entende como fruto de histórica marginalização e estigmatização de seus indivíduos, com sua flagrante perseguição, o que pode ser evidenciado com a associação dos homossexuais como causadores do vírus HIV e da epidemia de AIDS. Embora a Carta Magna ofereça, em seu texto, a tutela jurídica às pessoas LGBTQIA+ e demais minorias sociais, tendo como centro a dignidade da pessoa humana e expressamente difundindo o ideal de igualdade, vedando quaisquer modos de discriminação, faz-se necessária a perseguição constante pelo respeito aos princípios e direitos fundamentais, como é o caso da ação direta que buscou a inconstitucionalidade do conteúdo discriminatório contido nas normas impugnadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Com vistas ao avanço científico-tecnológico que permitiu a diminuição da janela imunológica da AIDS e a consequente propagação de informações corretas, como a igual velocidade e forma de propagação tendo como vetor pessoas heterossexuais e homossexuais - importando, afinal, a conduta sexual e não a orientação sexual do doador -, evidencia-se desarrazoada a restrição que impõe limitação temporal de 12 meses para homens que fazem sexo com outros homens estarem aptos a doar sangue, a qual notadamente viola princípios constitucionais e direitos garantidos.

A inconstitucionalidade do art. 64, IV da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 34/2014, da ANVISA, declarada no julgamento da ADI nº 5543, por maioria dos votos – 7 votos pela procedência, 3 votos pela improcedência e 1 voto pela parcial procedência da ação -, teve como principais fundamentos suscitados pelos Ministros o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, à não discriminação, à igualdade substancial e aos direitos da personalidade, tais como o direito à livre orientação sexual e à liberdade sexual, o direito à autodeterminação e o direito à integridade psicofísica, estes que, diante do conteúdo discriminatório dos dispositivos impugnados, foram desrespeitados.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal reforça a luta das pessoas LGBTQIA+ na busca pelo reconhecimento de sua existência e, também, evidencia a judicialização da política. Figuras políticas, com o intuito de não se indispor com a sociedade, permanecem inertes frente a pautas que envolvam temas entendidos como delicados e passíveis de grande discordância pela população – comumente relacionados a alguma minoria social – que por sua vez são direcionadas à instância judicial para que o Poder Judiciário decida.

Ocorre que, em que pese os julgadores sejam vinculados à observância do Texto Constitucional e ao restante do ordenamento jurídico e, ainda, integrantes de um Poder independente, compreende-se que fatores externos sempre atuarão conjuntamente aos fatores jurídicos em si, como as ideologias e os valores pessoais dos juízes. As discussões judiciais relacionadas a temas abertos à interpretação e que possuam mais de uma solução razoável podem manifestar, portanto, as preferências pessoais de seus julgadores.

Dessa forma, como a composição do Supremo Tribunal Federal, mais alta Corte do ordenamento jurídico brasileiro, é constituída por indicações feitas pelo Presidente da República no curso de seu mandato, nota-se, evidentemente, fatores pessoais que importam na indicação, como a vertente política do juiz, suas ideologias e valores.

No contexto atual, o Presidente da República - que possui ideologia conservadora e, por vezes, prega publicamente o retrocesso quanto às pautas que envolvem minorias sociais - já indicou um ministro para composição da Corte e, com a nova vacância gerada pela aposentadoria do Ministro Marco Aurélio, em 2021 terá direito a mais uma indicação. Diante de eventual reeleição, Jair Bolsonaro terá mais duas indicações a fazer, resultando, assim, em quatro ministros indicados ao Supremo Tribunal Federal.

Preocupa, portanto, que decisões judiciais relacionadas a minorias sociais, as quais foram proferidas em sede de controle de constitucionalidade por via principal, como é o caso da inconstitucionalidade da restrição de doação de sangue por homens da comunidade LGBTQIA+, caso sejam objeto de nova lei, sofram com o retrocesso causado pela mudança de ideologia refletida na Suprema Corte.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTMAN, Lawrence K. **New homosexual disorder worries health officials**. The New York Times, Section C, Page 1, 11 maio 1982. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1982/05/11/science/new-homosexual-disorder-worries-health-officials.html?pagewanted=all>> Acesso em: 13 de abril de 2021.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARROSO, L. R. **“Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência** / Luís Roberto Barroso. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 1º de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>> Acesso em: 02/04/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 13 de junho de 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>> Acesso em: 02/04/2021.

BRASIL. **Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988**. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando prevenir a propagação de doenças. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/17649.htm#:~:text=LEI%20No%207.649%2C%20DE%2025%20DE%20JANEIRO%20DE%201988.&text=Estabelece%20a%20obrigatoriedade%20do%20cadastramento,doen%C3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17649.htm#:~:text=LEI%20No%207.649%2C%20DE%2025%20DE%20JANEIRO%20DE%201988.&text=Estabelece%20a%20obrigatoriedade%20do%20cadastramento,doen%C3)>

[%A7as%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias>](#) Acesso em 17 de abril de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 721, de 9 de agosto de 1989**. Aprova normas técnicas para a coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.hemoce.ce.gov.br/images/Artigos/721\\_89%20hemovigilancia.pdf](http://www.hemoce.ce.gov.br/images/Artigos/721_89%20hemovigilancia.pdf)> Acesso em 17 de abril de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.376, de 19 de novembro de 1993**. Aprova alterações na Portaria nº 721/GM, de 9 de agosto de 1989, que aprova normas técnicas para coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAkKYAJ/portaria-n-1-376-19-novembro-1993>> Acesso em 17 de abril de 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução RDC nº 343, de 13 de dezembro de 2002**. Aprova o regulamento técnico para a obtenção, testagem, processamento e controle de qualidade de sangue e hemocomponentes para uso humano. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 2003. Seção I.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: [https://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)> Acesso em 17 de abril de 2021.

BRASIL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução RDC nº 34, de 11 de junho de 2014**. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf>>

BRASIL. **Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001**. Regulamenta o § 4o do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110205.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110205.htm)> Acesso em 17 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 1º de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>> Acesso em: 19 de abril de 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Petição inicial, 07 de junho de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>>

BRASIL. **Decreto 3.990, de 30 de outubro de 2001**. Regulamenta o art. 26 da Lei no 10.205, de 21 de março de 2001, que dispõe sobre a coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, e estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3990.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%203.990%2C%20DE%2030,%C3%A0%20execu%C3%A7%C3%A3o%20adequada%20dessas%20atividades](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3990.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%203.990%2C%20DE%2030,%C3%A0%20execu%C3%A7%C3%A3o%20adequada%20dessas%20atividades)>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 28 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>>

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasil: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro .Brasil. Presidência da República, 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/de14657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de14657compilado.htm)>

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasil: Congresso Nacional, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal.>)>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 4 de maio de 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em: 02/04/2021

CAMBRIDGE Dictionary. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/portugues-ingles/prostituta>> Acesso em: 17 de abril de 2021

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Maria Berenice Dias, 2010. Disponível em: [http://www.berenedias.com.br/manager/arq/\(cod2\\_650\)16\\_liberdade\\_sexual\\_e\\_direitos\\_humanos.pdf](http://www.berenedias.com.br/manager/arq/(cod2_650)16_liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf)> Acesso em 17 de abril de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. Maria Berenice Dias. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 04 de novembro de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15ª ed, rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ORIENTAÇÃO sexual na CID-11. **Centro Latino-americano em sexualidade e direitos humanos**, 21 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.clam.org.br/noticias-clam/conteudo.asp?cod=11863>> Acesso em 20 de abril de 2021

O que é HIV. **Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis**. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv>> Acesso em: 13 de abril de 2021. Acesso em 19 de abril de 2021.

O que é sistema imunológico. **Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis**. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv/o-que-e-sistema-imunologico>> Acesso em: 13 de abril de 2021

RIBEIRO, Gustavo P. L; TEIXEIRA, Ana Carolina B. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia**. Novos estudos jurídicos, 2008. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441>> Acesso em: 04/11/2020

SARLET, Ingo, et al. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. ampl – São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017

SARMENTO, D. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Supremo Tribunal Federal. **Constituição 30 anos: As Constituições Brasileiras de 1824 a 1988**. Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391696>> Acesso em 21 de abril de 2021

Supremo Tribunal Federal – Pleno – **MS nº 22.164/SP** – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206