

19/10/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Ministra Presidente, assento a presença dos requisitos de cognoscibilidade da presente ação, notadamente a legitimidade do Requerente e a adequação da ação ajuizada.

O Requerente é partido político com representação no Congresso Nacional, defluindo evidente a sua legitimidade conforme o art. 103, VIII, CRFB. Recorde-se, ademais, que nos termos da Jurisprudência desta Corte, trata-se de hipótese de legitimação universal, que prescinde de aferição de pertinência temática.

No que toca ao objeto impugnado, constato que tanto o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, quanto o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), 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.

Dessa forma, preenchidos os requisitos formais, passo ao exame do

mérito da ação.

I – PROÊMIO

Não se me afigura adequado, salutar ou recomendável, à luz de nossa normatividade Constitucional, arrostar a intrincada questão posta nestes autos com olhos cerrados e ouvidos moucos para o aflito apelo que vem do Outro.

A aversão exagerada à alteridade, quer decorra de orientação sexual ou de manifestação de identidade de gênero, não raro deságua em sua negação e, no extremo, em tentativas, por vezes tristemente bem sucedidas de sua aniquilação existencial, impedindo-se de se ser quem se é (vide nesse sentido o pleito trazido no Mandado de Injunção 4.733 sobre a criminalização da homofobia).

É impossível, assim, ignorar a violência física e simbólica a que diariamente se encontra submetida a população LGBT em nosso país. Como assentei ao adotar o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, **muito sangue tem sido derramado em nome de preconceitos que não se sustentam.**

Sangue e pertencimento têm, ao longo da história, penduleado entre os extremos do **acolhimento e da exclusão**, dos quais se colhem, respectivamente, os exemplos da *transubstanciação cristã* ou a doutrina do *Blut und Boden* (“sangue e solo”). Esta última, como se sabe, com raízes no Século XIX, buscou fornecer suposta justificativa moral para o que viriam a ser as atrocidades praticadas pelo nacional-socialismo alemão.

Hoje, porém, é de comum conhecimento da ciência que o sangue humano é responsável pelo suprimento de oxigênio e nutrientes para as células que compõe o organismo, pela retirada de componentes químicos

nocivos, pelas funções imunológicas, pela regulação da temperatura corporal, entre tantas outras funções estudadas pela literatura médica.

O sangue que circula nas veias representa a possibilidade de construção e reconstrução diária da existência, o palpitar de uma história a ser vivida.

Para além dessa dimensão individual, no campo simbólico o sangue corresponde à negativa de qualquer possibilidade de arrebatamento da humanidade de quem quer que seja por motivos como “raça”, cor, gênero, orientação sexual, língua, religião, origem, etc. O sangue como metáfora perfeita do que nos faz inerentemente humanos.

Constitui, assim, a prova pulsante do pertencimento a uma mesma espécie, afortunada pelo dom da consciência e reconhecida em sua inerente dignidade e fugaz existência. E é justamente esse pertencimento ressignificado que permite que se exerça o empático e eminentemente altruísta gesto de “doar sangue” em auxílio a outrem dotado da igual condição humana.

Nessa toada, a exclusão *a priori* de quaisquer grupos de pessoas da possibilidade de praticar tal ato – a doação de sangue - deve ser vista com atenção redobrada, devendo sempre ser dotada de ampla, racional e aprofundada justificativa (razões públicas enfim).

Aqui se está, pois, diante de regulamentação que toca direto ao núcleo mais íntimo do que se pode considerar a dignidade da pessoa humana, fundamento maior de nossa República e do Estado Constitucional que ela vivifica (art. 1º, III CRFB).

Não se pode coadunar, portanto, com um modo de agir que evidencie um amígdalo desse princípio maior, tolhendo 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.

Dessa forma, o desate da questão posta perante esta Corte deve passar necessariamente pelo conteúdo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), pelos direitos da personalidade à luz da Constituição, pela fundação que subjaz aos direitos fundamentais de liberdade e igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB), bem como pela cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º de nossa Constituição.

II – A ÉTICA DA ALTERIDADE SUBJACENTE À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL (RE)CONSTRUTIVA: ROMANCE EM CADEIA OU A CONSTRUÇÃO DE UMA CATEDRAL

Pensar a doação de sangue por homens que mantêm relações sexuais com outros homens e/ou as suas parceiras, tal qual dispõem os dispositivos impugnados, requer um exercício anterior de compreensão sobre o lugar do Outro no Direito, a fim de que a alteridade seja o embasamento ético do fazer decisório.

Vale dizer, à luz da narratividade constitucional, do direito constitucional positivo, dos tratados internacionais de direitos humanos e da triste realidade a que se submete essa minoria, afigura-se imprescindível adentrar o debate exercitando alteridade e empatia, à luz da solidariedade que constitui um dos princípios fundamentais de nossa República (art. 3º, I, CRFB).

Como bem apontou o *amicus curiae* “Núcleo Constitucionalismo e Democracia” da gloriosa e centenária Universidade Federal do Paraná:

“(…) a Constituição reconhece o fato de que as pessoas são

iguais em seus direitos para estabelecer os seus projetos de vida, proibindo que sejam impostas certas condutas que limitam algumas liberdades. Por outro lado, reconhece que esta liberdade não é exercida no vazio. **Há algum tempo que as melhores teorizações constitucionais reconhecem que o desenvolvimento da pessoa enquanto indivíduo pressupõe o outro.** Em outras palavras, não existe o indivíduo só. A formação da identidade de cada um se constrói relacionando-se com a outra pessoa e vice-versa.” (eDOC 198, p. 30/31).

Nesse sentido, é de se dar destaque às lições de Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Gustavo Hermont Corrêa, ao tratarem da exigência de um comportamento ético e responsável com o outro a partir da ética da alteridade de Emmanuel Levinas, que *“nós somos aquilo que respondemos ao apelo do Outro. Apelo falado ou mudo. Apelo que nos chama a sermos aquilo que respondemos, mesmo quando ignoramos o Outro, mesmo quando negamos atender o que se pede. Somos sempre essa resposta, pois somos responsáveis por ela. Somos, pois, essa responsabilidade”*. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *(O) Outro (e) (o) Direito*. Vol. II. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 155).

A resposta a ser dada ao presente caso deve, pois, cingir-se dessa ética da alteridade, a escutar e responder ao apelo do Outro. Saliente-se: a resposta a ser construída deve ser refletida e dada à luz da necessidade do Outro.

O tratamento dispensado ao sangue desses homens – e, por consequência, a eles próprios – coloca em xeque fundamentos e direitos constitucionais.

A responsabilidade com o Outro nos interpela sobre o que entendemos por dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), direitos da personalidade, igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB), a importância e alcance dos tratados internacionais de direitos humanos (art. 5º, §2º, CRFB), e nos convida a escrever um novo capítulo de nossa narrativa constitucional.

Diante disso, é de se perguntar: o estabelecimento, ainda que indireto, de um grupo de risco a partir da orientação sexual de homens e a submissão dessas pessoas (a incluir aqui suas eventuais parceiras) a medidas restritivas ao ato empático de doar sangue é justificável?

Desde logo adianto entender que não. **O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades, como a AIDS.** O resultado de tal raciocínio seria, então, o seguinte: 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.

Como já tive a oportunidade de assentar há mais de 20 (vinte) anos em obra doutrinária, *“o direito personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado”* (FACHIN, Luiz Edson. Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo. In: *Revista dos Tribunais*, V. 732, p. 47-54, Out./1996).

Os dispositivos impugnados (art. 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, inciso XXX, alínea d, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária), no entanto, partem da concepção de que a exposição a um suposto maior contágio de enfermidades é algo inerente a homens que se relacionam sexualmente com outros homens e, por consequência, igualmente inerente às eventuais parceiras destes. Não é. Não pode o Direito incorrer em uma interpretação utilitarista, recaindo em um cálculo de custo e benefício que desdiferencia o Direito para as esferas da Política e da Economia. Não cabe, pois, valer-se da violação de

direitos fundamentais de grupos minoritários para maximizar os interesses de uma maioria, valendo-se, para tanto, de preconceito e discriminação.

Ademais, percebe-se que para além de arrematar do Outro a sua humanidade ao atribuir-lhe, a partir de sua sexualidade, a pecha de desviante, gera-se a externalidade negativa de se considerar que aquilo que erroneamente se reputa como a sexualidade normal seria inalcançável pelas enfermidades transmissíveis pelo sangue, propagando não apenas preconceito, mas as próprias doenças cuja transmissão que se almeja evitar.

Tal ponto foi bem percebido e colocado pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas (ABRAFH) e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) nos seguintes termos:

“44. Com a estigmatização que sofreram os gays, o resto da população sentia-se “imune” à doença, já que (supostamente) não fazia parte do “grupo de risco”. Essa ideia – propagada principalmente por profissionais da Medicina – ironicamente fez com que a AIDS se espalhasse mais rapidamente entre os heterossexuais, tendo em vista que houve (e pode-se dizer que ainda há) uma demora na conscientização da necessidade de prática do sexo seguro entre heterossexuais.

45. Com o passar do tempo, passou-se da ideia de “grupo de risco” para a ideia de “prática ou comportamento de risco” (como prática de sexo não seguro ou sem preservativo, compartilhamento de seringas ou recepção de sangue ou hemoderivados não testados) e é a partir daí que as normas que impedem que homossexuais doem sangue, única e exclusivamente com fundamento na orientação sexual, se mostram absolutamente discriminatórias e anacrônicas”. (eDOC 62, p. 17/18)

“Uma extensa produção acadêmica e científica

documenta o início da produção cultural e mediática sobre o HIV/AIDS como uma doença “do outro”, consagrando a ideia de que a infecção ligava-se a identidades localizadas fora do “mainstream”, afastadas da heterossexualidade “adequada”. Ocorre que inúmeros estudos ao redor do mundo indicam que esse estigma que se impôs aos gays e a conexão da AIDS com a orientação sexual foram responsáveis pela disseminação da doença, já que os heterossexuais se consideravam “imunes” e demoraram a adotar uma política de “sexo seguro””. (eDOC 134, p. 8/9)

A responsabilidade com o Outro no caso em tela nos convida, portanto, a realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível. Incutir, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue. Somos *responsáveis* pela resposta que apresentamos a esse apelo.

Conforme expõe a doutrina de Katya Kozicki, Professora da Universidade Federal do Paraná:

“É a desconstrução que torna a justiça possível: possibilita que o direito seja permeado pela justiça, pois desconstruir – isto é, abrir o direito à justiça – significa repensar o direito cada vez que ele se enclausura em si mesmo e se traveste de pura legalidade, mais preocupado com a legalidade formal ou com a legitimidade alicerçada nessa legalidade do que com a justiça. (...) A desconstrução pode significar um clamor infinito pela justiça e por um incremento incalculável de responsabilidade. É no intervalo entre o direito e a justiça que a desconstrução encontra seu lugar privilegiado; desconstruindo-o, desestabilizando o tradicional do direito, a justiça pode encontrar caminhos para a sua expressão”. (KOZICKI, Katya. Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 68-70).

Assim, o voto que se segue, embasado na ética da alteridade, coloca-se como mais um capítulo do romance em cadeia de nossa narrativa constitucional (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 221-249), ou mais uma coluna de nossa catedral em permanente construção (NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 51-53).

Em outras palavras, trata-se não de desconsiderar simplesmente a norma posta e a atividade interpretativa prévia ou de encerrá-la, mas de desconstruir o direito posto para permeá-lo com justiça, robustecendo o que se entende por dignidade e igualdade. É preciso, pois, dar concretude e sentido às nossas previsões constitucionais afim de se perquirir *uma dogmática constitucional emancipatória* (CLÈVE, Clèmerson. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, *passim*).

III – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO: UM PRESENTE OBRIGATIVO E SEMPRE UM NORTE FUTURO (ART. 1º, III, CRFB)

Desde 05 de outubro de 1988 a Constituição deixou ser apenas documento político organizador do Estado em que competências são meramente repartidas e freios ao político estabelecidos, passando a constituir-se verdadeiro projeto de construção nacional, mediante a fórmula não apenas do Estado de Direito, mas do Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, bem como no pluralismo político e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, CRFB).

Esse Estado Democrático se vê dotado de princípios e objetivos expressamente estampados nos artigos 3º e 4º da Constituição, texto

ADI 5543 / DF

fundamental em que também se prevê um extenso rol de direitos e garantias fundamentais (topograficamente concentrado em grande parte nos artigos 5º a 17), redefinindo, com isso, a organização e a separação entre os Poderes como um todo e as relações das pessoas entre si e com o Estado.

Dessa forma, a questão central a partir de 1988 deixou de ser *“o que é uma Constituição?”*, e passou a ser *“o que uma Constituição constitui?”*. E a Constituição de 1988 não mais se compreende como mero documento organizador do poder do Estado, mas sim como o compromisso fundamental de uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais (NETO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito – A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 19-20).

Trata-se, portanto, de um compromisso fundamental da comunidade em sua plena potencialidade, constituída por cidadãos cuja igual dignidade é reconhecida em seu momento constituinte como norte ético. Essa eticidade, conforme dantes apontado, deve permear a gramática jurídico-constitucional, bem como a gramática normativa editada pelo Poder Executivo, para que nas relações solidárias entre cidadãos reguladas pelo Poder Público não se asfixie a alteridade, a escuta e a resposta ao apelo do Outro.

As normas impugnadas – 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 Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – consideram inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses os indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes.

ADI 5543 / DF

Como bem posto pelo Requerente, apesar de não mais se vislumbrar norma expressa de proibição perpétua, ao se exigir o lapso temporal de 12 (doze) meses sem relações sexuais anteriores ao ato de doação de sangue, acaba tal condição por manifestar-se como negação definitiva de qualquer possibilidade do exercício desse ato maior de alteridade por qualquer homem homossexual ou bissexual e/ou suas parceiras que possuam uma vida sexual minimamente ativa.

Tal restrição, consistente praticamente em quase vedação, viola a forma de ser e existir desse grupo de pessoas; viola subjetivamente a todas e cada uma dessas pessoas; viola também o fundamento próprio de nossa comunidade – a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB).

A dignidade da pessoa humana não pode ser invocada de forma retórica, como grande guarda-chuva acolhedor de qualquer argumento em razão de sua amplitude ou comprimento. **É preciso ser exato: a dignidade da pessoa humana não é vagueza abarcadora de argumentos e posições de todo lado. Ao contrário, e por refutação a isso, é preciso dar sentido e concretude a esse princípio inerente aos sujeitos e fundante de nosso Estado.**

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é aqui conclamado porque, mais do que fonte e fundamento de outros direitos fundamentais (como, por exemplo, o direito fundamental à igualdade), tem seu conteúdo nitidamente violado e, portanto, torna-se passível de aplicação direta ao caso em análise.

Frise-se que a dignidade da pessoa humana é elemento ínsito, constitutivo do sujeito; vale dizer, é o reconhecimento do seu próprio valor moral, idêntico ao valor moral das demais pessoas.

O princípio da dignidade da pessoa humana busca, assim, proteger

de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. O princípio é, portanto, uma imposição obrigativa no presente, mas também sempre um norte futuro, um vetor interpretativo. Sua aplicação, porém, não pode inibir ou ofuscar a aplicação direta de outros direitos fundamentais que dele derivam.

Parto, assim, das premissas e fundamentos seminais do eminente Ministro Luís Roberto Barroso ao teorizar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana (BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013, *passim*), e compartilho da profunda compreensão esquadrihada por Daniel Sarmiento sobre esse mesmo princípio, seu conteúdo e metodologia (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, *passim*).

Nesse quadrante comum compreendo e adoto como conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana o valor intrínseco da pessoa, ou seja a pessoa como fim em si mesmo, e nunca como instrumento ou objeto; a autonomia pública (coletiva) e privada (individual) dos sujeitos; o mínimo existencial para a garantia das condições materiais existenciais para a vida digna; e o reconhecimento individual e coletivo das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 92).

As normas ora impugnadas afrontam sobremaneira a *autonomia* e o *reconhecimento* daqueles que querem doar sangue e encontram-se limitados pelas previsões normativas ora impugnadas.

O plexo normativo da Portaria do Ministério da Saúde e da Resolução da ANVISA ora questionado afronta a autonomia daqueles

que querem doar sangue e, por ele estão impedidos, porque restringe a forma dessas pessoas serem e existirem. Exigir que somente possam doar sangue após lapso temporal de 12 (doze) meses é impor que praticamente se abstenham de exercer sua liberdade sexual. A precaução e segurança com a doação de sangue podem e devem ser asseguradas de outra forma, de tal maneira que não comprometa a autonomia para ser e existir dessas pessoas. O fato de um homem praticar sexo com outro homem não o coloca necessária e obrigatoriamente em risco. Pense-se, por exemplo, em relações estáveis, duradouras e protegidas contra doenças sexualmente transmissíveis. Não há em tal exemplo, em princípio, maior risco do que a doação de sangue de um heterossexual nas mesmas condições de relação. No entanto, apenas àquele é vedada a doação de sangue. **Há, assim, uma restrição à autonomia privada dessas pessoas, pois se impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável. Da mesma forma, há também, em certa medida, um refreamento de sua autonomia pública, pois esse grupo de pessoas tem sua possibilidade de participação extremamente diminuída na execução de uma política pública de saúde relevante de sua comunidade – o auxílio àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue.**

Ademais disso, é de se destacar que **a extinção da restrição prevista no art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e no art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) não geraria prejuízo ou dano à coletividade, aos terceiros receptores de sangue, desde que se apliquem aos homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras as mesmas exigências e condicionantes postas aos demais candidatos a doadores de sangue, independentemente do gênero ou orientação sexual.** As normas reguladoras da doação de sangue devem estabelecer exigências e condicionantes baseadas não na forma de ser e existir em si das pessoas, mas nas condutas por elas praticadas.

Nesse sentido, bem ressaltou o *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM):

“Ademais, como pontuado na petição inicial do presente feito, a Portaria n. 158, de 04 de Fevereiro de 2016, já elenca critérios restritíssimos para a doação de sangue, como a vedação temporária (por um ano) às pessoas que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros. Note-se que a resolução sequer fala sobre o uso ou não de preservativos. Esteve ocasionalmente com alguém? Não pode doar sangue. Não há qualquer indicação sobre a orientação sexual, identidade de gênero ou gênero da pessoa”. (eDOC1 134, p. 28)

As normas impugnadas nesta Ação Direta também ofendem o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) porque afrontam outro elemento que lhe constitui: o reconhecimento desse grupo de pessoas como sujeitos que devem ser respeitados e valorizados da maneira como são, e não pelo gênero ou orientação sexual das pessoas com as quais se relacionam.

Restringir de maneira a praticamente impossibilitar que homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras possam doar sangue por um lapso temporal de 12 (doze) meses é negar o reconhecimento dessas pessoas apenas pela forma como se relacionam afetivamente, e não pelas condutas que possam ter realizado e que, efetivamente, podem influenciar na triagem do sangue doado. Conforme aponta Daniel Sarmiento *“violam o reconhecimento as práticas estatais ou privadas, conscientes ou não, que desrespeitem a identidade das suas vítimas, impondo estigmas ou humilhações. É possível falar em um direito fundamental ao reconhecimento, que é um direito ao igual respeito da identidade pessoal. Trata-se de um direito que tem tanto uma faceta negativa como outra positiva. Em sua faceta negativa, ele veda as práticas que desrespeitam as pessoas em sua identidade. Na dimensão positiva, ele impõe ao Estado a adoção de medidas*

ADI 5543 / DF

voltadas ao combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes” (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 256-257).

A Portaria do Ministério da Saúde e a Resolução da ANVISA impugnadas consistem justamente em normas estatais, portanto prática estatal, que, a despeito de buscar proteger os receptores de sangue, acabam por desrespeitar a identidade mesma de um determinado grupo de cidadãos e potenciais doadores de sangue. E assim o fazem com base na orientação sexual das pessoas com que eles se relacionam, e não com base em possíveis condutas arriscadas por eles praticadas. Ou seja, tais normas limitam sobremaneira a doação de sangue de um grupo específico de pessoas pelo simples fato de serem como são, de pertencerem a uma minoria, e não por atuarem de maneira arriscada. **Há, assim, um tratamento desigual, desrespeitoso, verdadeiro desconhecimento ao invés de reconhecimento desse grupo de pessoas.**

Não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria comunidade. Isso é tratar tais pessoas como pouco confiáveis para ação das mais nobres: doar sangue. A evitação do receio de doação de sangue possivelmente contaminado há de seguir os mesmos protocolos que acabam por vedar a utilização de sangue de pessoas doadoras que praticaram ou se submeteram a condutas arriscadas e que, portanto, podem ter sido, de alguma forma, expostas à contaminação. **É preciso, pois, reconhecer aquelas pessoas, conferir-lhes igual tratamento moral, jurídico, normativo, social.**

IV – OS DIREITOS DA PERSONALIDADE À LUZ DA DIGNIDADE DA

**PESSOA HUMANA E DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: O DIREITO CIVIL
MATIZADO PELA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROSPECTIVA**

Nessa mesma toada, é sabido que as inflexões constitucionais, especialmente à luz da dignidade da pessoa humana - fundamento maior de nossa República -, dos direitos humanos e fundamentais, foram as grandes responsáveis pela repersonalização dos vários ramos do Direito Privado e pela recompreensão - verdadeira virada Copernicana, como já consignei em outras ocasiões - que a ela se seguiu.

Da categoria de sujeito de direito, voltou-se à pessoa. Assim, não mais o olhar pode partir tão somente do sujeito formalmente igualizado pelas potenciais relações econômicas a serem travadas no seio do convívio social à luz de sua abstrata capacidade de contratar, mas sim da pessoa, antes obscurecida, sombreada, e agora igualizada em perspectiva material à luz de sua dignidade.

Partindo da igualdade formal que esconde a pessoa concreta e real, a travessia que hoje se põe dá-se em direção à igualdade material que não se nega a ver a identidade e a eticidade constituintes da própria individualidade.

Dessa conversação constante entre seres humanos dotados das mais diferentes especificidades e peculiaridades, parte-se da apreensão daquilo que se faz presente no colorido da vivência real - a força constitutiva dos fatos, também ela fonte de normatividade -, e que permite que se desvelem sentidos e se compreenda o Direito não como mera operação mecânica, mas como constante processo dialógico, cuja toada, como não poderia deixar de ser, é dada pela narrativa constitucional em que nos inserimos.

Nessa dimensão, não se pode descurar que *"os direitos de personalidade não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica,*

mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto” (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Princípio da Dignidade Humana (no Direito Civil). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 314).

Ao se enfrentar a questão à luz dos direitos da personalidade, mais especificamente a partir do seu construto diário em que, mediante pequenos gestos, a inerente humanidade de todos é afirmada, evidencia-se com maior clareza como a norma viola, a não mais poder, a própria ideia de dignidade, conforme exposto alhures.

Isso porque se está a exigir, para manifestação de um elemento da personalidade - o exercício da alteridade mediante o ato de doação de sangue -, o completo aniquilamento de outra faceta da própria personalidade - o exercício da liberdade sexual. Há, nesse quadrante, violação à dignidade inerente a cada sujeito (art. 1º, III, CRFB), que se vê impedido de exercer sua liberdade e autonomia (art. 5º, *caput*, CRFB) expressadas pelos direitos de personalidade que lhe constituem (sua orientação sexual) para ter um gesto gratuito de alteridade e solidariedade para com seu próximo. Tal moldura normativa também impõe, assim, um tratamento não igualitário injustificado e, portanto, inconstitucional (art. 5º *caput*, CRFB).

É preciso nunca descurar do fato de que “a atribuição de uma posição jurídica depende, pois, do ingresso da pessoa no universo de titularidades que o próprio sistema define. Desse modo, percebe-se claramente que o sistema jurídico pode ser, antes de tudo, um sistema de exclusão. Essa exclusão se opera em relação a pessoas ou situações as quais as portas de entrada na moldura das titularidades de direitos e deveres é negada. Tal negativa, emergente da força preconceituosa e estigmatizante dos valores culturais dominantes em cada época, alicerça-se num juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado” (FACHIN, Luiz Edson, Aspectos Jurídicos da União de

ADI 5543 / DF

Pessoas do Mesmo Sexo, *Revista dos Tribunais*, V. 732, p. 47-54, Out./1996).

Se é possível que o quadrante normativo da política pública garanta precaução e segurança a partir de limitações baseadas em *condutas*, as restrições existentes devem recair sobre estas, e não sobre as expressões e orientações existenciais que constituem a personalidade dos sujeitos candidatos a doadores de sangue.

Dispositivos como os impugnados nesta ação colaboram para que a presença no direito dos grupos a que se destinam (especificamente, na dicção normativa, os *homens que fazem sexo com outros homens*) continue a ser a *história de uma ausência*, da falta de reconhecimento, em sua inerente igualdade e dignidade em relação aos demais (FACHIN, Luiz Edson, Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo, *Revista dos Tribunais*, V. 732, p. 47-54, Out./1996).

Há aqui, portanto, uma dupla negação existencial. Colhe-se da manifestação do *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL), que com bastante sensibilidade sintetizou o dilema a que se sujeitam, injustificadamente, os destinatários da norma:

“72. Em virtude da forma como o questionário individual de candidatos a doadores de sangue se encontra atualmente estruturado nos centros de serviços hemoterápicos do país, os homens que vivam em casamentos ou uniões estáveis homoafetivas – nas quais se presume o sexo nos últimos doze meses – ou que tenham feito sexo com outros homens nos últimos doze meses têm apenas duas opções: ou não doam sangue – o que reforça a discriminação por orientação sexual e a cultura da não-doação de sangue, como também perpetua a escassez dos bancos de sangue –, ou mentem sobre sua história sexual – o que prejudica os avanços individuais em assumir a própria sexualidade e obsta os avanços do movimento LGBTI” (eDOC 140, p. 30)

A partir do giro copernicano acima resgatado, da constitucionalização do Direito Civil, e, portanto, do compreender os direitos da personalidade à luz das normas constitucionais, que não se pode admitir o manietar daqueles à luz destas.

Em uma leitura dos direitos da personalidade matizada pela constitucionalização prospectiva é não só possível, mas imperioso resguardar tais direitos ao invés de socavá-los.

V – O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE INDEPENDENTEMENTE DO GÊNERO OU DA ORIENTAÇÃO SEXUAL (ART. 5º, *CAPUT*, CRFB)

No ponto III mais acima demonstrei como as normas impugnadas afrontam a existência, em si, própria, dos sujeitos por elas abarcados. Elas violam a forma de ser e existir dessas pessoas que, por existirem e serem como são, estão impedidas de serem por completo, de existirem em conjunto, em solidariedade, em alteridade, com responsabilidade e em relação com os demais. Há, assim, afronta à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), especialmente aos seus elementos autonomia e reconhecimento. Vinculada a essa compreensão exsurge também outra fundamentação. Mais além de violar a dignidade humana, a forma de ser e existir desse grupo de pessoas, tais normas as tratam de forma injustificadamente desigual, afrontando-se o direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB).

Conforme previamente enunciado, estabelecer restrição aos homens doadores e/ou as parceiras sexuais destes porque eles têm relações sexuais com outros homens é impor uma limitação que tem como foco principal não a sua **conduta** possivelmente arriscada, mas sim o **gênero** da pessoa com a qual eles se relacionam (outro homem). É preciso, pois, encarar de frente e de forma analítica tal limitação.

Se a restrição deve se dar em razão das **condutas** de risco, o **gênero** da pessoa com quem se pratica tal conduta, ou seja, homens que fazem sexo com outros homens, não deve importar mais do que a conduta em si. **A conduta é que deve definir a inaptidão para a doação de sangue, e não a orientação sexual ou o gênero da pessoa com a qual se pratica tal conduta. De modo contrário**, tal como ocorre sob a égide 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 Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), **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 que, nunca é demasiado repetir, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”**.

O direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB) significa que todas as pessoas possuem a mesma dignidade; possuem, portanto, o mesmo valor moral e, assim, devem ser consideradas iguais em suas capacidades mais elementares. No entanto, *“há que se ressaltar que a igualdade, em especial a igualdade material (substancial), somente se concretiza quando liberdades moralmente importantes, à exemplo da liberdade de expressão, convicção, orientação sexual, entre outras, forem constitucionalmente garantidas, protegidas e efetivadas”* (GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66. Grifei. Vide também: DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 158). Isso significa que **a igualdade de homens que fazem sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes somente será garantida e respeitada se, mais do que afirmarmos seu idêntico valor moral em relação aos demais cidadãos, também possibilitarmos que exerçam sua**

orientação sexual e não tenham sua liberdade e igualdade tolhidas por isso.

Somente assim será possível vivificar o que Constituição dispôs em seu art. 3º, I – a construção de uma sociedade livre e solidária – e em seu art. 5º, *caput*. Vale dizer, **só haverá livre igualdade para essas pessoas** (homens que fazem sexo com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes) **se as políticas públicas de doação de sangue deixarem de lado restrições baseadas no 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. Somente assim se estará a respeitar uma noção forte de igualdade, conferindo-se valor idêntico a todos, e também igual consideração e respeito** (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 279-282; 419-427).

O direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB) aqui densificado deve, assim, afastar as *“desigualdades que imponham prejuízos às pessoas e sejam alheios a sua responsabilidade. Essas desigualdades devem ser combatidas e rechaçadas porque não somente alteram uma relação que deve(ria) ser entre iguais, mas, sobretudo, porque limitam a liberdade e a autonomia do sujeito”* (GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66).

Essa desigualdade injustificada fica ainda mais patente a partir das informações prestadas pelo Ministério da Saúde.

Conforme se verifica nos autos, os arts. 52 a 65 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde estabelecem outras *“situações que levam à inaptidão do candidato”* a doador de sangue (eDOC 131, p. 06). Todas essas outras situações elencadas na referida Portaria dizem respeito a **condutas**

praticadas pela pessoa doadora ou a **condutas** às quais ela foi submetida. Em nenhuma delas a inaptidão temporária para doação se dá em razão da orientação sexual ou do gênero daquele com quem a pessoa doadora se relacionou ou em razão da orientação sexual da pessoa doadora. Nesse sentido, a conduta **“ter relações sexuais com diferentes parceiros em certo período de tempo”** (art. 64, II, Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e art. XXX, b, Resolução 34/2014 da ANVISA) é considerada arriscada e, portanto, pode levar à inaptidão do doador. Tal restrição, porém, é baseada no **comportamento** da pessoa doadora e **independe do gênero da pessoa com quem o doador se relacionou ou de sua orientação sexual**. Isso é (e deve ser) assim para que, dessa forma, resguarde-se a precaução e a proteção dos bancos de sangue na seleção de doadores sem que se discrimine o doador em razão da sua orientação sexual ou em razão do gênero da pessoa com a qual ele tenha tido relações sexuais. **Orientação sexual não contamina ninguém, condutas riscosas sim.**

Conforme aponta Débora Diniz, *“a pergunta central para a saúde pública e para a segurança do sangue é se o doador é alguém com cuidados de saúde nas práticas sexuais: desimportante é saber como se identifica no campo sexual ou quais são suas preferências de prazer”* (DINIZ, Débora. *Gays querem (e devem) doar sangue*. Disponível em: <http://migre.me/vd21K>, Último acesso em 17.10.2017). A Procuradoria Geral da República também atentou-se para a mesma circunspeção da pesquisadora: *“A pergunta para proteger os pacientes adoecidos à espera de sangue é mais simples: “você usa camisinha ou não nas relações sexuais?”* (eDOC 171, p. 18).

Conforme bem posto pelo Procurador Geral da República (eDOC 171, p. 12), a doutrina de Daniel Borrillo testifica que *“a construção da diferença homossexual é um mecanismo jurídico bem rodado que permite excluir gays e lésbicas do direito comum (universal), inscrevendo-os(as) em um regime de exceção (particular)”* (BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 38-39). É preciso,

ADI 5543 / DF

pois, que o Direito aqui *desempenhe um papel fundamental no processo de construção de uma sociedade mais justa* (CLÈVE, Clèmerson. *O Direito e os Direitos – elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 14).

A restrição forte de doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais (e/ou suas parceiras) aposta no art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e no art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) estabelece limitação fundada no risco a que esses sujeitos estão supostamente expostos pelo simples fato de serem homossexuais ou bissexuais.

Ou seja, a restrição é fundada no grupo de risco, estabelecido pela orientação sexual dessas pessoas, e não pelas suas condutas que poderiam expô-las aos riscos. Ao assim disporem, essas normas estabelecem limitação fundada na orientação sexual das pessoas, e não em suas práticas e comportamentos. Ao invés de o Estado possibilitar que essas pessoas promovam o bem ao doar sangue, ele restringe indevidamente uma atuação solidária com base em preconceito e discriminação, violando-se o disposto no art. 3º, IV e principalmente o direito fundamental à igualdade entalhado no art. 5º, *caput*, da Constituição da República.

A violação à igualdade, portanto, sobressai evidente. Isso porque ainda que o índice estatístico e epidemiológico coletivo indique que o índice de probabilidade de uma pessoa ter AIDS ser maior se esta for um homem homossexual ou bissexual, não é possível transpor tais dados para o plano subjetivo do doador, sob pena de se estigmatizar, de forma absolutamente ilegítima, um grupo de pessoas.

O ponto foi muito bem percebido e explicado pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL):

“32. Em estatística, existe uma diferença entre correlação (mera ligação entre dois eventos) e causalidade (qualidade daquilo que é causal, que fundamenta ou produz algum efeito). O fato de haver um maior índice de AIDS entre homens que fazem sexo com outros homens (HSH) não significa que a mera condição de serem homossexuais ou bissexuais, por si só, enseja esse maior índice. Como a AIDS é uma doença infecciosa, as maiores taxas de contágio de determinado grupo só podem ser explicadas por fatores comportamentais.

(...)

34. Assim, índices maiores de contaminação não podem justificar um enquadramento automático e apriorístico de todo homem homossexual ou bissexual em um grupo de risco. A AIDS é uma doença contagiosa (e não genética), cuja transmissão é explicada fatores comportamentais. Ninguém nasce mais apto a contrair AIDS, a não ser se levarmos em conta a transmissão vertical do HIV, que não é, porém, matéria da presente ação. Em se tratando do contágio sexual, são as práticas individuais que determinarão se uma pessoa terá mais risco de ser infectada ou não.

(...)

39. Além disso, pergunta-se: se o sistema de hemoterapia brasileiro supostamente se ampara em dados epidemiológicos coletivos, para que servem, então, os procedimentos individuais de triagem/entrevista do doador e de posterior submissão do sangue coletado a exames detectores de doenças? A própria existência desses procedimentos de segurança e double check é prova de que o sistema brasileiro de hemoterapia sabe que não são confiáveis as pressuposições absolutas advindas do estudo de grupos populacionais.

40. O que ocorre, na verdade, é um uso seletivo dos procedimentos de triagem/entrevista e de exame do sangue coletado. Eles serviriam para confirmar a “integridade sanguínea” de grupos previamente considerados “limpos” ou “fora de risco” (ex.: heterossexuais), mas não para contestar a presunção preconceituosa de

ADI 5543 / DF

que um homem homossexual ou bissexual tem mais probabilidade de portar AIDS simplesmente em virtude de sua orientação sexual”.
(eDOC 140, p. 13/16)

A demanda jurisdicional em tela nos conclama, ainda, a lançar mão da alteridade como um incentivo à compreensão da Constituição a partir do ponto de vista do Outro. Reconhecer a atuação do Movimento LGBT como um intérprete da Constituição, portanto, além de um compromisso ético, torna o processo de interpretação constitucional mais legítimo e democrático.

É nessa dimensão que se deve compreender mais este capítulo de nossa narrativa constitucional, a edificação de mais uma coluna de nossa catedral em permanente construção, visto que *“o transcurso da história vai fazendo presente a afirmação segundo a qual ninguém, a rigor, nasce sujeito de direito, mas se torna um sujeito de direito, mostrando o caráter do processo em curso na edificação de uma concepção jurídica que vá ao encontro da identidade dos novos sujeitos e das situações até então colocadas à margem”* (FACHIN, Luiz Edson, Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo, *Revista dos Tribunais*, V. 732, p. 47-54, Out./1996).

Segundo Juliana Cesario Alvim Gomes, a inclusão do cidadão comum e de movimentos sociais, no que intitulou como Constitucionalismo Difuso, pressupõe que:

“As teorias tradicionais que enxergam o monopólio do Judiciário na construção do significado constitucional são insuficientes tanto descritiva quanto prescritivamente e devem ser substituídas por uma visão plural que abarque, nesse processo, os demais poderes e, sobretudo, a sociedade. Sob o viés da análise descritiva da realidade, não dão conta de abarcar a complexidade do fenômeno constitucional, ignorando o papel exercido pelos demais poderes do Estado e pela sociedade nesse processo”. (GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um Constitucionalismo Difuso: Cidadãos, Movimentos Sociais e o*

significado da Constituição. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 187-188)

A atuação do movimento LGBT no Brasil representa, pois, esforços para a inclusão de suas demandas na tradição constitucional enquanto exigências da igualdade. Nesse sentido, como muito bem expôs o *amicus curiae* “Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia” da UFPR, **estamos a tratar de “um nicho populacional que vive em situação de vulnerabilidade, que diuturnamente está exposto à violência, ao preconceito e a violações de sua integridade e dignidade (...) vale lembrar que a impossibilidade de doar sangue não permite que a solidariedade seja exercida pelos homossexuais em relação a seus pares, vítimas de violência: não puderam no incidente de Orlando [nos Estados Unidos], não puderam em nenhum dos casos existentes no Brasil”** (eDOC 198, p. 33).

É, pois, imperioso modificar o critério de restrição fundado em grupo de risco (baseado no gênero, na orientação sexual) para condutas de risco (baseado no comportamento, nas práticas, ações, arriscadas). No presente caso, agir com segurança e precaução em relação à doação de sangue, em relação aos doadores e aos receptores, é estabelecer políticas públicas que levem em conta as condutas, os comportamentos, as práticas e as ações das pessoas candidatas a doadoras, e não gênero com o qual a pessoa doadora se relacionou ou a sua orientação sexual.

V.1 – O IMPACTO DESPROPORCIONAL DA RESTRIÇÃO PREVISTA PELO ART. 64, IV, DA PORTARIA Nº 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, E PELO ART. 25, XXX, “D”, DA RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC Nº 34/2014 DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA)

Ressalto que, no presente caso, a política pública restritiva prevista pela Portaria do Ministério da Saúde e pela Resolução da ANVISA, apesar das informações prestadas pelo Ministério da Saúde (eDOC 77, p. 7-8), causa uma limitação desproporcional, ainda que desintencional. É o

que em sede doutrinária se tem chamado de **impacto desproporcional**. Nesse sentido, há que se diferenciar a **discriminação direta** – aquela munida de intuito discriminatório – da **discriminação indireta** – aquela que, desprovida dessa intencionalidade, produz impactos desproporcionais a determinadas pessoas ou grupos sociais.

A análise aqui realizada se robustece justamente a partir da Teoria do Impacto Desproporcional, emergida nos Estados Unidos após o fim das políticas raciais segregacionistas. Nas palavras do eminente Min. Joaquim Barbosa, o impacto desproporcional pode ser definido como *“Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de sua incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de indivíduos”*. (GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24).

O *leading case* nessa questão foi o caso *Griggs v. Duke Power Co.*, no qual a empresa requerida estabelecia como condição para a promoção de funcionários a submissão a “testes de inteligência”. Os autores alegaram que os testes não se relacionavam ao desempenho das funções e que ele causava um impacto negativo desproporcional sobre os trabalhadores negros, já que estes haviam estudado em escolas segregadas, com nível educacional inferior, o que impedia o estabelecimento de igualdade de condições nesses testes (SARMENTO, Daniel. *A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa*. In: NOVELINO, Marcelo Camargo. (Org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 214). No julgamento em questão, entendeu a Suprema Corte estadunidense, baseada no Civil Rights Act de 1964, que *as práticas,*

ADI 5543 / DF

procedimentos ou testes, facialmente neutros, não podem ser mantidos se eles operam no sentido de 'congelar' o status quo de práticas empregatícias discriminatórias do passado" (GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 333-343).

A Corte Europeia de Justiça também tem usado a teoria do impacto desproporcional a fim de *"coibir discriminações indiretas no campo da igualdade de gênero"*. No Caso 170/84, *Bilka-Kaufhaus vs. Von Hartz*, entendeu a Corte que, ao estipular um sistema de pensão privado cujo benefício fosse excludente a trabalhadoras em regime de tempo parcial, se incorria em discriminação indireta em relação às mulheres, à medida que eram maioria no regime mencionado. Configurava-se, portanto, violação ao art. 119 do Tratado de Roma sobre igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho (SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: discriminação "de facto", teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: NOVELINO, Marcelo Camargo. (Org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 215).

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal também valeu-se da Teoria do Impacto Desproporcional quando da discussão da ADI 4.424, sobre o caráter da ação penal pública no caso de violência doméstica e intrafamiliar contra mulheres. Nessa ocasião alegou-se o *desrespeito ao princípio da igualdade, mencionando a teoria do impacto desproporcional, porquanto condicionar à representação a punição do crime de lesão corporal no ambiente doméstico gera efeitos desproporcionalmente nocivos para as mulheres"*. (ADI 4.424, eDOC 42, p. 4).

No referido precedente, esta Corte julgou procedente a Ação Direta e reconheceu a legitimidade do Ministério Público para dar início à ação penal sem necessidade de representação da vítima de violência doméstica

nos casos de lesão corporal leve com o fito que não se esvaziasse a proteção constitucional e penal às mulheres.

Compartilhando da fundamentação doutrinária e da aplicação jurisprudencial por esta Corte da Teoria do Impacto Desproporcional, concludo que a política restritiva prevista no art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e no art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois acaba tal limitação, a despeito de intentar proteção, impondo impacto desproporcional sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou as parceiras destes ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue.

Tal desproporção foi bem ressaltada pela Procuradoria Geral da República ao destacar que:

“No caso de homens heterossexuais, basta para sua habilitação que tenham feito sexo com parceira fixa nos 12 meses anteriores à doação, ainda que sem o uso de preservativo. Já em relação a homens gays e bissexuais, os dispositivos vão muito além, para exigir absoluta ausência de quaisquer relações sexuais pelo período mínimo de um ano (...) Ao tempo em que veiculam proteção deficiente para a tutela da saúde, no que se refere à doação de sangue por homens heterossexuais – porquanto se contentam em exigir relação sexual com parceira fixa, o que não afasta, por si, possibilidade de transmissão de doenças, mormente se não há a utilização de preservativo –, as normas são extremamente restritivas no que se refere à doação por homens gays ou bissexuais, pois lhe impõem condição desproporcional e irrazoável (completa abstinência sexual por 12 meses), a qual equivale a vedação peremptória para doar sangue” (eDOC 171, p. 20/21; grifei)

Ademais disso, é de se evidenciar também que, no que se refere à

detecção do HIV e hepatite em sangue doado, houve benéfica redução da chamada **janela imunológica**, passando esta de 6 a 8 semanas para apenas 12 dias com o atual teste utilizado em todos os Bancos de Sangue do País (teste do ácido nucleico – NAT, conforme Portaria nº 2.712 de 12 de novembro de 2013 do Ministério da Saúde).

Não subsistem, assim, quaisquer razões para se exigir dos homens homossexuais e bissexuais verdadeira abstinência sexual por 12 meses para que sejam considerados candidatos hábeis à doação de sangue.

VI – O CARÁTER MATERIALMENTE CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS (ART. 5º, § 2º, CRFB) E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, O PACTO DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, A CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO E INTOLERÂNCIA E OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

A Constituição de 1988 é incisiva ao dispor nos termos do art. 5º, § 2º, da CRFB, que *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.*

Faz-se necessária no atual momento uma interpretação redentora, no sentido dado por Jack Balkin, da cláusula de abertura material consagrada nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição da República.

Aduz Balkin que as constituições existem na materialidade em situações que fogem das ideais, não sendo difícil perceber a existência de compromissos imperfeitamente implementados ou de garantias que não se concretizam em práticas. Não obstante, propõe que tal fato não afasta a possibilidade de uma leitura redentora.

Como explica o professor de Yale, a redenção se dá no sentido de uma mudança que realiza uma promessa do passado, ou seja, mediante a qual a Constituição “*torna-se aquilo que prometeu que seria, mas nunca foi*”, respondendo, assim, às constantes alterações circunstanciais e temporais (BALKIN, Jack. M. *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 5-6).

Tomando de empréstimo a célebre expressão de Ronald Dworkin, é imperioso levar a sério os compromissos em favor dos direitos humanos firmados no plano internacional.

Entendo, assim, na esteira de relevante parcela da doutrina (Antônio Augusto Cançado Trindade, André de Carvalho Ramos, Flávia Piovesan e Valerio de Oliveira Mazzuoli, para mencionar alguns) que **em razão do § 2º do art. 5º, da CRFB, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos possuem natureza *materialmente* constitucional. Vale dizer, em que pese não estarem sediados no texto da Constituição da República de 1988 os direitos previstos nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a ela se incorporam quando o Brasil torna-se parte destes.**

O art. 5º, §2º da Constituição se apresenta como “*a moldura de um processo permanente de aquisição de novos direitos fundamentais*” (CARVALHO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 154).

Conforme aduzem Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, esse “*processo dinâmico e aberto de reconhecimento de direitos fundamentais no âmbito do sistema constitucional atua como uma espécie de força motriz para uma sociedade também sempre aberta e plural*” (SARLET,

Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321).

Não obstante a relevância e importância históricas da tese da *supralegalidade* dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo Congresso Nacional de acordo com o § 3º do art. 5º (CRFB) - adotada por esta Corte por ocasião do julgamento do RE 466.343-1 -, trata-se de fórmula que encontra-se madura para possível revisão.

É preciso reconhecer, neste ponto, tal como apontou o e. Ministro Celso de Mello no RE 349.703, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Dje 05.06.2009, estar-se diante de um grande desafio:

“Vê-se, daí, considerado esse quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade tornarem-se palavras vãs”.

Nessa toada, é de se compreender que os direitos oriundos dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, sendo *materialmente constitucionais* se somam e equiparam aos direitos fundamentais sediados formalmente na Constituição. Todos eles, no entanto, podem e devem, por força do disposto no art. 5º, §2º CRFB, serem considerados direitos *materialmente constitucionais*.

É preciso, desse modo, adotar uma compreensão nítida da função de todos os braços do Estado diante dos princípios que regem nossas relações internacionais, especialmente a independência nacional (art. 4º, I, CRFB), na perspectiva da autovinculação, e a prevalência dos direitos

humanos (art. 4º, II, CRFB).

Isso porque após a negociação e assinatura pelo Presidente da República, da aprovação do Congresso Nacional e de sua celebração definitiva no âmbito internacional de um tratado de direitos humanos, o Estado a ele se vincula e se compromete com o seu cumprimento.

Perceba-se: o Estado como um todo, e não somente os seus braços Executivo e Legislativo cujas vontades concorrem na dinâmica de celebração dos pactos e tratados.

VI.1 – O ART. 5º, §2º, CRFB, E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO: INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS MATERIALMENTE CONSTITUCIONAIS

Enquanto órgão de interpretação e aplicação do Direito, o Poder Judiciário, em nosso desenho institucional, também é o Poder responsável pelo exercício do controle de constitucionalidade, devendo, enquanto tal, desenvolver, entre tantos outros, dois relevantes papéis.

Em primeiro lugar, cabe-lhe vivificar o postulado hermenêutico de prevalência dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, ao interpretar a ordem jurídica pátria à luz da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e humanos (§§ 1º e 2º do art. 5º, CRFB) o Poder Judiciário ressalta a eficácia imediata de tais direitos, reconciliando compromissos fundamentais internos e externos.

Como aduz André de Carvalho Ramos ao explicar o princípio da máxima efetividade, *“no caso dos tratados internacionais de direitos humanos, a interpretação deve contribuir para o aumento da proteção dada ao ser humano e para a plena aplicabilidade dos dispositivos convencionais”* (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem*

Internacional. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 107).

Em segundo lugar, ao assim proceder e fundamentar suas decisões, o Poder Judiciário concorre para conferir publicidade eficaz e viva dos compromissos firmados na ordem jurídica internacional em favor dos direitos humanos, dando à população, ao se deparar com as questões postas à sua análise, a adequada ciência da proteção internacional desses direitos.

Compreendo, assim, que a narrativa constitucional pátria é enriquecida pela construção dos direitos humanos em tal ambiência, os quais são democraticamente legitimados pela concordância de vontades entre os Poderes Executivo e Legislativo.

VI.2 – O ART. 5º, § 3º, CRFB, E O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO: FACULDADE DE INCORPORAR TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS MEDIANTE PROCEDIMENTO EQUIVALENTE AO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Diante das proposições e entendimentos acima explicitados, é de se compreender que o § 3º do art. 5º da CRFB constitui faculdade de o Poder Legislativo procurar robustecer a proteção normativa dos direitos assegurados pelos tratados e convenções que sigam tal procedimento, com potenciais reflexos decorrentes de sua equiparação formal à emenda constitucional.

Isso, no entanto, não exime o Poder Judiciário de, à luz do caráter materialmente constitucional dos direitos humanos, vivificá-los na interpretação das demais cláusulas constitucionais.

Como bem percebeu Yuval Shany em sede doutrinária, professor da Faculdade de Direito da Universidade Hebraica de Jerusalém e

ADI 5543 / DF

atualmente um dos membros eleitos do Comitê dos Direitos Humanos do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, uma resistência implícita ou explícita do papel do direito internacional dos direitos humanos na interpretação do direito constitucional pode gerar até mesmo responsabilidade internacional do Estado.

Disse o professor:

“Ademais, a obrigação de assegurar a observância das normas de direitos humanos ou de assegurar a sua realização também se aplica no que se refere às normas constitucionais, pois tais normas podem, elas mesmas, ser passíveis de uma interpretação que seja incompatível com o direito internacional dos direitos humanos. Se os tribunais são incapazes ou relutantes na retificação desse entrave mediante meios interpretativos, eles podem perpetuar o fracasso de seu Estado de cumprir com suas obrigações internacionais” (Tradução livre de SHANY, Yuval, How Supreme is the Supreme Law of the Land? Comparative Analysis of the Influence of International Human Rights Treaties Upon the Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts, *Brooklyn Journal of International Law*, V. 31, N. 2, New York, p. 341-404, 2006, p. 354).

Fixadas tais premissas, no que é relevante para a discussão, no caso em análise, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CRFB) e da igualdade (art. 5, *caput*, CRFB) – são robustecidos, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo que vem disposto (i) na Convenção Americana de Direitos Humanos, (ii) no Pacto de Direitos Civis e Políticos, (iii) na Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e pelos (iv) Princípios de Yogyakarta.

As normas emanadas pelo Ministério da Saúde (art. 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016) e pela ANVISA (art. 25, inciso XXX, alínea d, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014) ferem, frontalmente, a dignidade dos homens homossexuais e bissexuais candidatos a

doadores ao lhes retirar sua autonomia para exercer o ato de alteridade de doar sangue, bem como o seu reconhecimento identitário individual exercido pela sua livre orientação sexual. Ademais, tais normas violam o direito à igualdade e à não-discriminação dos homens homossexuais à medida que estabelecem restrição quase proibitiva para a fruição de duas dimensões de direitos da personalidade: o de exercer ato empático e solidário de doar sangue ao próximo e o de vivenciar livremente sua sexualidade.

A questão, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 1, Capítulo I, Parte I:

“Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

No mesmo sentido está o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigos 2º, 1, e 26, abaixo transcritos:

“ARTIGO 2º

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento

ou qualquer condição.

ARTIGO 26

*Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz **contra qualquer discriminação** por motivo de raça, cor, **sexo**, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.*

Também nessa toada a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, a qual teve o Brasil, juntamente com Argentina, Equador e Uruguai, como um dos primeiros signatários, expande a abrangência da discriminação, constituindo primeiro instrumento jurídico juridicamente vinculante que condena discriminação em razão de orientação sexual, identidade e expressão de gênero (Tratados Inter-Americanos, Junho 2013, “A Assembleia Geral da OEA aprova Convenções contra o Racismo e a Discriminação”, Disponível online em: <goo.gl/Z8eQbE>. Último acesso em: 18.10.2016) da qual colho o disposto em seu Artigo 1:

“Artigo 1

Para os efeitos desta Convenção:

*1. Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, sexo, **orientação sexual**, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou*

deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição”.

Igualmente elucidativa é a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento confeccionado por especialistas em reunião das organizações não governamentais *International Commission of Jurists* e *International Service for Human Rights*, cujo texto conclusivo foi apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, e que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tal documento ressalta que:

“A comunidade internacional reconheceu o direito de as pessoas decidirem livre e responsavelmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, sem que estejam submetidas à coerção, discriminação ou violência”. (grifei)

Reconhecido o exercício livre e responsável da sexualidade, é de se entender a partir dos postulados nos Princípios de Yogyakarta que os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis e devem ser integralmente gozados por todos os cidadãos quaisquer sejam suas orientações sexuais ou identidades de gênero.

Destaque-se o Princípio 2, que versa sobre o Direito à Igualdade e à Não-Discriminação:

“Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante a lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações”. (grifei)

Tem-se, assim, a vedação à discriminação manifestada quer como um direito positivado (*hard law*), juridicamente vinculante, – no bojo da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 592/1992), do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 678/1992) e da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância –, quer como guia (*soft law*) – verificado nos Princípios de Yogyakarta, que possuem caráter orientativo e contam com a boa-fé e discricionariedade dos países para serem dotados de eficácia.

As normas do Ministério da Saúde (art. 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016) e da ANVISA (art. 25, inciso XXX, alínea d, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014) estabelecem, portanto, uma indigna discriminação injustificável, tanto do ponto de vista do direito interno, quanto do ponto de vista da proteção internacional dos direitos humanos, à medida que pressupõem serem os homens homossexuais e bissexuais, por si só, um grupo de risco, sem se debruçar sobre as condutas que verdadeiramente os expõem a uma maior probabilidade de contágio de AIDS ou outras enfermidades a impossibilitar a doação de sangue.

VII – CONCLUSÃO E SÍNTESE DO VOTO

Em síntese Senhora Presidente, 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 Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA:

a) **ofendem a dignidade da pessoa humana (autonomia e reconhecimento)** e impedem as pessoas por ela abrangidas de serem

ADI 5543 / DF

como são (art. 1º, III, CRFB);

b) vituperam os **direitos da personalidade à luz da Constituição da República;**

c) **aviltam**, ainda que de forma desintencional, o **direito fundamental à igualdade** ao impedir as pessoas destinatárias da norma de serem tratadas como iguais em relação aos demais cidadãos (art. 5º, *caput*, CRFB);

d) fazem a República Federativa do Brasil **derribar o que ela deveria construir – uma sociedade livre e solidária – art. 3º, I, CRFB;**

d) **induzem o Estado a empatar o que deveria promover – o bem de todos sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação – art. 3º, IV, CRFB;**

e) **afrontam a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, os quais, em razão do § 2º do art. 5º, da CRFB, por serem tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, possuem natureza *materialmente* constitucional. Vale dizer, em que pese não estarem sediados no texto da Constituição da República de 1988 os direitos previstos nesses tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a ela se incorporam quando o Brasil torna-se parte destes.**

Diante disso, dou procedência à presente Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar inconstitucionais os dispositivos impugnados.

É como voto.