

**11/05/2020****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

|                       |   |
|-----------------------|---|
| <b>RELATOR</b>        | <b>: MIN. EDSON FACHIN</b>  |
| <b>REQTE.(S)</b>      | <b>:PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB</b>   |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(A/S)</b>                                     |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE</b>   |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>   |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA</b>                                   |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:PROCURADOR-GERAL FEDERAL</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM</b>                                 |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:MARIA BERENICE DIAS</b>   |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RONNER BOTELHO SOARES</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS</b>                   |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL</b>                                    |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:GUSTAVO JOSE MENDES TEPEDINO E OUTRO(A/S)</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>   |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA</b>   |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS - ABRAFH</b>                             |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:LÍVIA DORNELAS RESENDE E OUTRO(A/S)</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO</b>                      |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT</b> |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO DA</b>  |

**ADI 5543 / DF**

|                    |   |
|--------------------|---|
|                    | UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CADIR- UNB   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :CEZAR BRITTO   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :MARLUCE MACIEL BRITTO ARAGAO E OUTRO(A/S)  |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA, DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA UFPR |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UFPR   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E OUTRO(A/S)  |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ILTON NORBERTO ROBL FILHO E OUTRO(A/S)   |

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ART. 64, IV, DA PORTARIA N. 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E ART. 25, XXX, "D", DA RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC N. 34/2014 DA ANVISA. RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE A GRUPOS E NÃO CONDUTAS DE RISCO. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

1. A responsabilidade com o Outro demanda realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível e incutir, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue.

2. O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequencialista

**ADI 5543 / DF**

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. Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim.

2. O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. A restrição à doação de sangue por homossexuais afronta a sua autonomia privada, 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; e a sua autonomia pública, pois se veda a possibilidade de auxiliarem àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue.

3. A política restritiva prevista na Portaria e na Resolução da Diretoria Colegiada, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois impacta desproporcionalmente sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue. Trata-se de 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.

4. 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.

5. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 64 da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e da alínea “d” do inciso XXX do art. 25 da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional

**ADI 5543 / DF**

de Vigilância Sanitária.

## **A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em sessão plenária virtual de 1º a 8 de maio de 2020**, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello que julgavam improcedente o pedido.

Brasília, 11 de maio de 2020.

Ministro **EDSON FACHIN**  
**Relator**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

|                       |   |
|-----------------------|---|
| <b>RELATOR</b>        | <b>: MIN. EDSON FACHIN</b>  |
| <b>REQTE.(S)</b>      | <b>: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(A/S)</b>                                      |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>: MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>  |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA</b>                                    |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>: PROCURADOR-GERAL FEDERAL</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM</b>                                  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: MARIA BERENICE DIAS</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: RONNER BOTELHO SOARES</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS</b>                    |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL</b>                                     |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: GUSTAVO TEPEDINO E OUTRO(A/S)</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO</b>  |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA</b>  |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS - ABRAFH</b>                              |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: LÍVIA DORNELAS RESENDE E OUTRO(A/S)</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO</b>                       |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT</b> |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CADIR- UNB</b>                 |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: CEZAR BRITTO</b>   |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: MARLUCE MACIEL BRITTO ARAGAO E</b>   |

**ADI 5543 / DF**

|                    |   |
|--------------------|---|
|                    | OUTRO(A/S)  |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA, DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA UFPR |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UFPR   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E OUTRO(A/S)  |

## **RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR):** Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), partido político com representação no Congresso Nacional (eDOCs 33 e 34), cujo objeto é 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, os quais dispõem sobre a inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo realizarem doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes a tal prática.

Eis, respectivamente, o teor dos dispositivos impugnados:

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

*(...)*

**IV – homens que tiveram relações sexuais com outros**

ADI 5543 / DF

homens e/ou as parceiras sexuais destes”;

e

*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”* (eDOC 31, p. 15; eDOC 32, p. 10/14)

O Requerente defende, mediante advogado regularmente constituído para atuar no feito (eDOC 2), a sua legitimidade ativa, bem como o cabimento da presente ADI.

Em sua compreensão, os atos que veiculam os dispositivos impugnados “(...) trazem inúmeras normas autônomas a serem observadas nos procedimentos hemoterápicos em toda a federação brasileira”, bem como “(...) criam embaraços genéricos e abstratos para a doação legal de homossexuais sem qualquer fundamento legal para tanto” (eDOC 1, p. 5). Seriam, dessa forma, atos decorrentes de forma direta e primária da Constituição, ou seja, atos normativos e autônomos a autorizar a provocação da jurisdição constitucional por meio de ADI.

Nesse sentido, menciona decisões pelo conhecimento de ações diretas de inconstitucionalidade que tem como objeto Portaria do

**ADI 5543 / DF**

Ministério da Saúde ou Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA (respectivamente a ADI 4.105 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 17.06.2010 e a ADI 4.874, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 17.09.2013).

No mérito, contextualiza o surgimento histórico da proibição de doação de sangue por homossexuais a partir do final da década de 1980, notadamente pelo desconhecimento a respeito da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – SIDA/AIDS e pela preocupação da *janela imunológica*, período imediatamente posterior à infecção no qual os exames laboratoriais não seriam aptos a detectar o vírus no material sanguíneo coletado.

Aduz que esse quadro não se mantém, quer diante da evolução tecnológica e da medicina (controle da epidemia de AIDS e do avanço do tratamento da imunodeficiência), quer do reconhecimento das relações afetivas homossexuais, surgindo forte debate mundial, a partir dos anos 2000, sobre o fim da proibição.

O Requerente expõe dados que indicam que atualmente os *imunoensaios*, que antigamente geravam uma janela *imunológica* de seis a oito semanas, encontram-se em sua 4ª geração, reduzindo-a para apenas 15 (quinze) dias, bem como a informação trazida pelo Boletim Epidemiológico da AIDS no Brasil de 2015, o qual indica que “(...) o número de infecções registradas entre os anos de 1980-2015 é consideravelmente maior nos heterossexuais (50% dos casos notificados) do que nos homossexuais e bissexuais juntos (45,9% dos casos)” (eDOC 1, p. 10).

Explicita que “o vírus HIV é transmissível às pessoas independentemente da sua orientação sexual. Relações sexuais desprotegidas tanto entre heterossexuais, quanto entre homossexuais, são passíveis de transmitir o agente causador da AIDS. Em outras palavras, mantêm-se o preconceito e a discriminação contra os homossexuais, que são colocados como grupo de risco

**ADI 5543 / DF**

*exclusivamente pela orientação sexual, sem considerar-se o efetivo comportamento sexual de cada um” (eDOC 1, p. 13).*

Argumenta que ao editar a Portaria nº 1.353/2011 o Ministério da Saúde teria reconhecido que a orientação sexual não deveria ser critério para seleção de doadores por não constituir um risco em si (art. 1º, §§ 4º e 5º), mas que recentemente os atos impugnados teriam trilhado caminho distinto. Nesse sentido, a Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde seria inclusive paradoxal ao prever, para além do dispositivo aqui impugnado, que os serviços hemoterápicos deverão ser isentos de qualquer discriminação por orientação sexual (art. 2º, § 3º).

Alega que, na prática, a proibição temporária prevista na Portaria e na Resolução transforma-se em proibição permanente de doação de sangue por parte de homossexuais que possuam mínima atividade sexual.

Ademais, advoga que não se sustentaria o tratamento discriminatório sequer em função de uma suposta promiscuidade dos homossexuais a justificar sua classificação como um grupo de risco. Em suas palavras, *“além de ser absolutamente discriminatório, o fundamento não possui qualquer lógica jurídica. Isso porque a legislação brasileira já prevê a exclusão da doação de sangue de pessoas promíscuas, sejam elas heterossexuais ou homossexuais. Com efeito, o art. 64, II, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde estabelece que será considerado inapto temporário o candidato que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais” (eDOC 1, p. 14).*

Defende ainda, que a regulação atualmente existente exige que o Poder Público garanta a qualidade e segurança dos componentes sanguíneos doados, com diversas medidas de precaução na coleta, processamento, distribuição e utilização do material sanguíneo, de modo que o fim da proibição não comprometeria a segurança dos

**ADI 5543 / DF**

procedimentos homoterápicos.

O Requerente traz exemplos do direito comparado (África do Sul, Argentina, Chile, Espanha e Portugal), em que se visa ao controle do comportamento de risco e não de um grupo de risco.

O Partido proponente traz ainda elementos indicativos de que há uma enorme escassez nos bancos de sangue brasileiros e que a proibição imposta pelas normas impugnadas faz com que estimados 19 (dezenove) milhões de litros de sangue deixem de ser doados anualmente.

Sintetiza que os dispositivos questionados violam, a um só tempo: (i) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), (ii) o direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB), (iii) o objetivo fundamental republicano de promover o bem de todos sem preconceitos ou formas de discriminação (art. 3º, IV, CRFB) e (iv) o princípio constitucional da proporcionalidade.

Defende o autor que os atos impugnados estigmatizam pessoas sem que haja qualquer modo de agir que justifique a previsão normativa, visto inexistir qualquer conduta praticada exclusivamente por homens homossexuais apta a prever a diferenciação.

Do mesmo modo, busca evidenciar que a regulamentação seria absolutamente desproporcional, tendo em vista que a própria Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde traz medidas eficazes para evitar contaminação do sangue contido nos bancos de doação.

Ademais, tais atos tolheriam o homossexual da prática de um ato solidário por excelência, intrinsecamente ligado ao exercício da cidadania e da fraternidade, mediante procedimento de estigmatização social, que não se coaduna com a igual consideração e respeito com que todos merecem ser tratados.

**ADI 5543 / DF**

Esclarece o Requerente que o objetivo da ação é que “(...) *todo e qualquer indivíduo, independentemente de sua orientação sexual, tenha o direito, de forma igualitária aos demais, de submeter o próprio sangue aos exames de detecção de doenças, para que, caso verificado saudável, possa ser doado e, então, repassado a quem dele necessitar*” (eDOC 1, p. 25).

Postula o Proponente a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados, diante da plausibilidade do direito e do perigo na demora.

Em sua compreensão, a plausibilidade decorreria das teses ora sintetizadas. A urgência, por sua vez, far-se-ia presente por dois diferentes elementos. De um lado, a constante e diuturna violação ao direito fundamental à igualdade a que são submetidos homens homossexuais, que os estigmatiza como membros de um grupo de risco como potenciais portadores de doença grave, o que se dá unicamente em razão de sua orientação sexual. De outro, a necessidade diária de milhares de brasileiros de obter doações sanguíneas em um contexto de déficit nos estoques dos bancos de sangue.

Requer, por fim, o julgamento de procedência da presente 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.

Em 08.06.2016, tendo em vista a relevância da matéria debatida nos presentes autos e sua importância para a ordem social e segurança jurídica, adotei o rito positivado no art. 12 da Lei nº 9.868/1999, a fim de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a análise definitiva da questão (eDOC 37).

Em 17.06.2016 foram prestadas informações pela Agência Nacional

**ADI 5543 / DF**

de Vigilância Sanitária – ANVISA (eDOC 77/78).

Em 30.06.2016 o Ministério da Saúde apresentou informações técnicas de sua Coordenação-Geral de Sangue e Hemoderivados e informações jurídicas de sua Consultoria Jurídica (eDOC 131). Nessa mesma data, a Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência dos pedidos formulados na presente ADI (eDOC 132).

Em 06.09.2016, a Procuradoria-Geral da República juntou aos autos parecer pelo conhecimento da ação, deferimento da medida cautelar e, no mérito, pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados (eDOC 171).

Como se colhe de sua ementa, no modo de ver da PGR, “(...) 3. As normas [impugnadas] criam obstáculo inútil à proteção do sistema de hemoterapia, uma vez que a este interessam os comportamentos de risco dos potenciais doadores, não sua orientação sexual. 4. Perigo na demora processual (periculum in mora) decorre dos substanciais impactos que as normas produzem na dignidade de pessoas historicamente vítimas de preconceitos e no agravamento da situação de déficit dos estoques dos bancos de sangue do país” (eDOC 171, p. 2).

Admiti na qualidade de *amici curiae*, facultando-lhes a apresentação de informações, memoriais escritos e sustentação oral quando da discussão de mérito: i) a Defensoria Pública da União (eDOC 130; DJe 19.08.2016); ii) a Defensoria Pública do Estado da Bahia (eDOC 130; DJe 19.08.2016); iii) a Associação Brasileira de Família Homoafetivas (eDOC 130; DJe 19.08.2016); iv) o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (eDOC 130; DJe 19.08.2016); v) o Instituto Brasileiro de Direito de Família (eDOC 139, DJe 08.07.2016); vi) o Instituto Brasileiro de Direito Civil (eDOC 148, DJe 17.08.2016); vii) o Grupo Dignidade pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros (eDOC 148, DJe 17.08.2016); viii) a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e

**ADI 5543 / DF**

Transexuais (eDOC 161; DJe 31.08.2016); ix) o Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília (eDOC 176; DJe 16.09.2016); x) o “Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea (PPGD-UFPR)” e o “Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da UFPR” (eDOC 183; DJe 20.09.2016); e xi) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (eDOC 191; DJe 27.09.2016).

Em 28.11.2016 o Partido Socialista Brasileiro requereu a apreciação monocrática da medida cautelar na presente ADI em virtude da situação de “calamidade” enfrentada pelos bancos de sangue no Brasil, ressaltando ser o final do ano um período crítico para tais bancos (eDOC 194).

A Defensoria Pública da União e o “Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea (PPGD-UFPR)” e o “Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da UFPR”, ambos *amici curiae*, apresentaram memoriais sustentando a procedência dos pedidos formulados na presente ação (eDOCs 196 e 198).

Em 07.04.2017, em virtude da inexistência de óbices ao julgamento do feito, reiterarei a determinação para inclusão da presente Ação Direta na pauta do Plenário deste Tribunal (eDOC 200).

**É o relatório.**

19/10/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Senhora Presidente, eminentes Pares, saúdo as sustentações orais levadas a efeito neste Plenário.

Senhora Presidente, o voto é um pouco alongado. Distribuí-o a Vossas Excelências e creio que já houvera chegado, e, agora, às mãos do Ministro Marco Aurélio também.

Há uma questão inicial, Senhora Presidente, que diz respeito à cognoscibilidade da ação. Eu gostaria de indagar a Vossa Excelência se destacamos essa parte?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Acho que sim para que essa matéria já fique superada, talvez com viés.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Na verdade - e foi a ponderação feita pelo Ministro Alexandre Moraes ao dialogarmos -, trata-se aqui do enfrentamento de uma portaria e de uma resolução colegiada da Anvisa. A questão está em saber se esses atos podem ou não ser enfrentados em sede de ADI.

Neste momento, gostaria de ouvir a ponderação do Ministro Alexandre de Moraes para enfrentarmos juntos esta questão preliminar. Acredito ser relevante que dissequemos esse tema inicialmente. Vossas Excelências puderam depreender que eu estou conhecendo da ação, portanto, admitindo a plena cognoscibilidade. E, como se trata de um juízo colegiado, em que o diálogo evidentemente é fundamental - e levo sempre em conta esse intercâmbio dialógico -, tenho para mim que a Lei, o Decreto e todos os demais atos normativos que, em termos gerais, cuidam dessa matéria, ao abrirem espaço normativo para Portaria e para a decisão colegiada, fizeram-no com caráter de abstração a um nível tal que, em meu modo de ver, permitem o enfrentamento em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

É por essas razões que estou trazendo essas ponderações a Vossas

**ADI 5543 / DF**

Excelências, especialmente para, se superado esse ponto, adentrar no mérito.

O meu voto, como Vossas Excelências viram, é um pouco alongado, com mais de quatro dezenas de páginas, o qual procurarei sintetizar. Mas, nesse aspecto preliminar, entendo preenchidos todos os requisitos formais que admitem a cognoscibilidade e que propiciam a este Colegiado adentrar à apreciação do mérito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O ato atacado tem autonomia ou está vinculado a lei?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Entendo que o ato atacado tem autonomia em grau tal que permite essa cognoscibilidade, eis que preenche esse conteúdo, como disse, de uma abstração tal de generalidade e, por assim dizer, de impessoalidade ou autonomia, que pode, no meu modo de ver, ser impugnado pela via da ação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Talvez seja interessante ouvir o voto de Vossa Excelência e, então, no caso de dúvida, suscitar-se.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Até porque o artigo 102, inciso I, a, da Constituição diz:

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;"

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Perguntado sobre a autonomia do ato.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Exatamente, o ato normativo autônomo, como Vossa Excelência bem lembrou.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - E é o caso.

**ADI 5543 / DF**

Aliás, a ponderação que fiz, e peço escusas de ter trazido à colação o diálogo tido informalmente com Colegas da Corte, mas aqui estamos, obviamente, em um juízo colegiado e, toda vez que se traz uma proposta, é uma proposta de liberação.

Então, acatarei a sugestão do Ministro Marco Aurélio e de Vossa Excelência, adentrarei ao voto e, depois, eventualmente, voltamos a esse tema.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Até porque, Ministro, considerando que conheceu, o encaminhamento do voto de Vossa Excelência será pelo conhecimento.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Perfeitamente.

Então, estou propondo o conhecimento e, à guisa dessa proposição, adentro ao mérito com a permissão de Vossas Excelências.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Concorde plenamente, mas, como foi citado meu comentário, gostaria de explicitá-lo.

Coloquei ao Ministro Edson Fachin que eventual resultado seria uma inconstitucionalidade por arrastamento ao contrário: da portaria para o decreto e do decreto para lei.

Existe a Lei nº 10.205, de março de 2001, que regulamenta exatamente o artigo 199, § 4º, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação de sangue e componentes. Existe a Lei, e a Lei é que permite toda essa regulamentação, à guisa desse comentário que foi realizado pelo Ministro Edson Fachin.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Agradeço a Vossa Excelência a contribuição e prossigo, portanto, adentrando ao mérito.

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

**ADI 5543 / DF**

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

**ADI 5543 / DF**

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 amiudar desse princípio maior, tolhendo parcela da

**ADI 5543 / DF**

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

**ADI 5543 / DF**

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.

**ADI 5543 / DF**

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

**ADI 5543 / DF**

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*

**ADI 5543 / DF**

*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).*

**ADI 5543 / DF**

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**

**ADI 5543 / DF**

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 esquadrinhada 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**

**ADI 5543 / DF**

**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 homossexual 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.

**ADI 5543 / DF**

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**

**ADI 5543 / DF**

**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,*

**ADI 5543 / DF**

*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)

**ADI 5543 / DF**

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.

**ADI 5543 / DF**

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**

**ADI 5543 / DF**

**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**

**ADI 5543 / DF**

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):

ADI 5543 / DF

*“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*

**ADI 5543 / DF**

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

**ADI 5543 / DF**

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

**ADI 5543 / DF**

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, concluo 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

**ADI 5543 / DF**

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.

**ADI 5543 / DF**

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,

**ADI 5543 / DF**

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

**ADI 5543 / DF**

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*

**ADI 5543 / DF**

*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

**ADI 5543 / DF**

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*

**ADI 5543 / DF**

*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](http://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*

**ADI 5543 / DF**

*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)

**ADI 5543 / DF**

**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 discricionabilidade 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 Civis 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.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. EDSON FACHIN**

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S) : RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO (DF025120/) E  
OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS)

ADV.(A/S) : RONNER BOTELHO SOARES (117094/MG)

AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E  
TRANSGÊNEROS

ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)

AM. CURIAE. : IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ADV.(A/S) : GUSTAVO JOSE MENDES TEPEDINO (0041245/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS -  
ABRAFH

ADV.(A/S) : LÍVIA DORNELAS RESENDE (0147708/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E  
DE GÊNERO

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (0242668/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS,  
TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT

ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)

AM. CURIAE. : CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE  
BRASÍLIA - CADIR- UNB

ADV.(A/S) : CEZAR BRITTO (32147/DF)

ADV.(A/S) : MARLUCE MACIEL BRITTO ARAGAO (DF032148/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA:  
FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA, DO PROGRAMA DE  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA UFPR

ADV.(A/S) : ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA (22920/PR)

AM. CURIAE. : NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UFPR

ADV.(A/S) : ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA (22920/PR)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO (18958/DF, 167075/MG,  
2525/PI) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS -  
ANADEP

ADV.(A/S) : ILTON NORBERTO ROBL FILHO (38677/DF, 43824/PR) E  
OUTRO (A/S)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Edson Fachin julgando procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello. Falaram: pelo requerente Partido Socialista Brasileiro - PSB, o Dr. Rafael de Alencar Araripe Carneiro; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, a Dra. Patrícia Gorisch; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, o Dr. Rafael dos Santos Kirchhoff; pelo *amicus curiae* IBDCIVIL - Instituto Brasileiro de Direito Civil, a Dra. Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União - DPU, o Dr. Gustavo Zortea da Silva, Defensor Público Federal; pelos *amici curiae* Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília - CADIR-UNB e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Cezar Britto; pelo *amicus curiae* Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, a Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP, o Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas - ABRAFH, a Dra. Marianna Chaves. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.10.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário

25/10/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES** - *Cancelado em razão da juntada de voto escrito.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Essa é a parte, portanto, que Vossa Excelência exclui.

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES** - *Cancelado em razão da juntada de voto escrito.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque, aí, tem: "(...) incluindo-se: (...) d) de indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes".

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES** - *Cancelado em razão da juntada de voto escrito.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, pela interpretação que Vossa Excelência oferece em seu voto, em relação à alínea "d" do inciso XXX do artigo que estamos discutindo, Vossa Excelência remete às autoridades competentes os elementos necessários, porque o que Vossa Excelência ditou foi: desde que...

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES** - *Cancelado em razão da juntada de voto escrito.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, Vossa Excelência manteve até "devem ser avaliados, incluindo-se", retirada a redução feita por Vossa Excelência.

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES** - *Cancelado em razão da juntada de voto escrito.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Que é a interpretação que Vossa Excelência está dando à alínea "d".

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES** - *Cancelado em razão da juntada de voto escrito.*

**ADI 5543 / DF**

25/10/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Alexandre de Moraes, Vossa Excelência entende, então, que a política pública, em termos de zelo da saúde, é uma política pública razoável? Ao menos razoável?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Vou falar daqui a pouco.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não tenho a menor dúvida de que o requerente jamais será alvo de transfusão de sangue, porque é uma pessoa jurídica de direito privado!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Quanto à questão de ser razoável, fiz questão de citar a omissão que foi feita da lei, do decreto, porque se a lei, o decreto e as resoluções, ano a ano, fossem trazidas à Corte por quem ingressou com a ação, ficaria claro que o critério poderia estar até errado, mas não é discriminatório. Não se pretendeu discriminar pela orientação sexual. O critério foi fundamentado com dados, com fatos, foi melhorando no resto do mundo também e segue critérios mais flexíveis que vários países europeus. Da forma como isso foi colocado à Corte, foi colocado que o Ministério da Saúde e a Anvisa vieram com dois atos discriminatórios pela orientação sexual. A meu ver, não foi isso!

**25/10/2017**

**PLENÁRIO**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

|                       |   |
|-----------------------|---|
| <b>RELATOR</b>        | <b>: MIN. EDSON FACHIN</b>  |
| <b>REQTE.(S)</b>      | <b>:PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB</b>   |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(A/S)</b>                                     |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE</b>   |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>   |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA</b>                                   |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:PROCURADOR-GERAL FEDERAL</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM</b>                                 |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:MARIA BERENICE DIAS</b>   |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RONNER BOTELHO SOARES</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS</b>                   |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL</b>                                    |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:GUSTAVO JOSE MENDES TEPEDINO E OUTRO(A/S)</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>   |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA</b>   |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS - ABRAFH</b>                             |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:LÍVIA DORNELAS RESENDE E OUTRO(A/S)</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO</b>                      |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT</b> |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO DA</b>  |

**ADI 5543 / DF**

|             |   |
|-------------|---|
|             | UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CADIR- UNB   |
| ADV.(A/S)   | :CEZAR BRITTO   |
| ADV.(A/S)   | :MARLUCE MACIEL BRITTO ARAGAO E OUTRO(A/S)  |
| AM. CURIAE. | :NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA, DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA UFPR |
| ADV.(A/S)   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| AM. CURIAE. | :NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UFPR   |
| ADV.(A/S)   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| AM. CURIAE. | :CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  |
| ADV.(A/S)   | :MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E OUTRO(A/S)  |
| AM. CURIAE. | :A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP   |
| ADV.(A/S)   | :ILTON NORBERTO ROBL FILHO E OUTRO(A/S)   |

**OBSERVAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, sempre digo que é muito perigoso acionar-se o instituto da interpretação conforme a Constituição Federal, porque quase sempre se adentra o campo normativo. No caso, o que temos? Temos preceito que não revela qualquer ambiguidade. Um preceito que imagino tenha sido redigido após série de trabalhos no setor, no que apontaria como uma política pública visando à segurança dos cidadãos em geral. Nós vamos legislar para substituir preceitos, para estipular uma nova normatividade? Não podemos fazê-lo. De duas, uma: ou se conclui que, ao invés de ressentimento, tem-se preconceito, no que há alusão aos homossexuais, e fulminamos o dispositivo, ou revelamos que, nesse conflito entre o interesse individual e o coletivo – destinatários das transfusões de sangue –, deve prevalecer o interesse coletivo. Agora, interpretação conforme, para estipular-se – e aqui não estamos atuando a partir, em que pese o

**ADI 5543 / DF**

depoimento dado pelo nosso amigo comum, David Uip, de uma perícia – requisitos alusivos ao aproveitamento de sangue doado por homossexuais? Não podemos fazê-lo, sob pena de atuar em um campo muito sensível e sem dados técnicos concretos.

**25/10/2017****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, a hipótese já foi suficientemente apresentada e objeto de dois votos alentados e de elevada qualidade, de modo que eu não vou me alongar na sua descrição. Nós estamos diante de dois atos normativos, um do Ministério da Saúde e outro da ANVISA, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que, em última análise, proíbem a doação de sangue por homossexuais que tenham mantido uma relação sexual nos últimos doze meses, portanto, em rigor, proíbem a doação de sangue por uma pessoa homossexual masculina que tenha uma vida sexual minimamente ativa.

A justificativa apresentada pelo Ministério da Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária 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, inclusive e notadamente, a AIDS, transmitida pelo vírus HIV. Portanto, essa era a primeira e principal explicação, como analiticamente exposto no voto do Ministro Fachin.

A outra informação relevante, penso eu, para o deslinde dessa controvérsia, trazida pelas informações do Ministério da Saúde e da Anvisa, é de que todo o sangue doado passa por exames laboratoriais que consistem na realização de testes sorológicos para a detecção de doença. Porém, e esse é um ponto importante, foi objeto de consideração pelo Ministro Alexandre de Moraes, existe o que se chama “janela imunológica”, que identifica um intervalo de tempo entre a infecção pela doença e a sua detecção e, quando se colhe o sangue de uma pessoa nesse período da janela imunológica – portanto, ela já está contaminada, mas ainda não se revela nos exames –, tem-se o tipo de exame que se chama de falso negativo, que, segundo o Ministério da Saúde, pelos testes de quarta geração que hoje se realizam no Brasil, leva de dez a doze dias.

**ADI 5543 / DF**

Portanto, o período da janela imunológica, o período do risco de que o contágio não apareça no exame, é um período concentrado em dez a doze dias. 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.

Portanto, essa é a justificativa oferecida pelos órgãos encarregados da saúde pública: existe maior risco, os exames laboratoriais, hoje em dia, têm nível de acerto de, praticamente, cem por cento, mas há o risco dessa janela imunológica, quando, então, poderia ocorrer a contaminação. Essa é a posição dos que defendem o ato normativo.

O autor da ação e os diversos *amici curiae* que aqui estiveram sustentam que, diante do modo como verbalizados os atos normativos, eles, em última análise, acarretam um banimento dos homossexuais masculinos da possibilidade de doação de sangue, o que consideram ser algo extremamente discriminatório e estigmatizante para um grupo que já enfrenta preconceitos históricos que, apenas nos últimos anos, com atraso – felizmente, não tarde demais –, vêm sendo finalmente superados, alguns deles, com a ajuda deste Tribunal.

Portanto, essa é a posição contraposta: o modo como vocalizada a restrição pelos atos normativos impugnados é extremamente discriminatório e extremamente estigmatizante para uma coletividade já tradicionalmente vítima de preconceitos e abusos.

Aqui, Presidente, o meu voto é curto. Eu gostaria de fazer uma breve referência, não mais do que um parágrafo, à razão pela qual se instituiu esse banimento amplo à doação por homossexuais. Isso teve início quando da epidemia de AIDS ocorrida nos anos 80. E os grupos efetivamente afetados pela doença eram os homossexuais masculinos, eram os usuários de drogas e eram os hemofílicos. E, de certa forma, a doença ficou associada à homossexualidade masculina, de certa forma, reforçando um estereótipo e um estigma que já existia. Porém, como este era o grupo de risco, um grande número de países, de maneira

**ADI 5543 / DF**

preventiva, radical e compreensível, proibiram a doação de sangue por homossexuais masculinos como uma forma de se procurar estancar, na medida do possível, uma epidemia que se espalhava de maneira descontrolada. Mas é preciso ter em conta que isso foi há um quarto de século atrás. De lá para cá, já há uma compreensão muito maior da doença, e já há uma capacidade muito maior de se controlar o sangue a ser fornecido. De modo que o que talvez possa ter se justificado pelo princípio da precaução lá atrás, diante do avanço da compreensão da doença e da sofisticação dos exames laboratoriais hoje feitos, poderia já não mais se justificar.

E aqui eu gostaria de também brevemente ter um capítulo em que se considerassem os diferentes interesses que estão em jogo. Na verdade, os dois pratos dessa balança. De um lado, eu penso, que não há qualquer dúvida de que a portaria do Ministério da Saúde e a resolução da Anvisa claramente criam uma situação de desequiparação em relação aos homossexuais masculinos. Esse é, pensou eu, um fato fora de dúvida. Portanto, a queixa é legítima: há uma norma que trata, de maneira discriminatória, um determinado grupo. Na vida, há situações em que existe tratamento discriminatório com base em um fundamento legítimo e razoável. É isso que nós vamos explorar em seguida. Portanto, num prato da balança está a queixa plausível de que há uma discriminação a um grupo que já é historicamente estigmatizado. No outro prato da balança, eu penso que também está o interesse público legítimo de se proteger a saúde pública, em geral, e de se proteger a saúde dos receptores de sangue doado, e, portanto, de transfusão de sangue, do outro lado.

Portanto, eu não acho, nem o eminente Relator achou, nem tampouco o Ministro Alexandre de Moraes, que nós estivéssemos diante de um ato normativo do Poder Público deliberadamente voltado a discriminar gratuitamente um segmento social. Eu não penso isso e acho que seria uma injustiça alguém afirmar que a intenção fosse uma intenção discriminatória. Como eu pretendo concluir, o resultado foi discriminatório, a consequência objetiva foi. Mas acho que a intenção era uma intenção legítima de proteção da saúde pública.

**ADI 5543 / DF**

Eu coloquei as duas questões, há duas coisas na vida que acho que são muito ruins. Uma é a discriminação, você desequiparar pessoas sem um fundamento legítimo. A outra é demagogia, que é você tomar decisões que tragam malefícios no futuro para receber o aplauso fácil e imediato no presente, o que também seria muito ruim.

O que eu acho que aconteceu aqui foi uma evolução do conhecimento e da ciência que superaram compreensões que se estabeleceram há algum tempo. Portanto, eu acho que a defesa do interesse público pode permitir a imposição de medidas gravosas e restritivas a determinados direitos fundamentais. Mas quando isso acontece, quando 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. Quanto ao padrão mundial adotado, na maior parte dos países do mundo, quando você vai verificar se a restrição a um direito fundamental com base em interesse público é legítima, você verifica o “limite dos limites”, você verifica se os parâmetros adotados para a restrição daquele direito são proporcionais em uma matéria em que é vedado o excesso. Ou seja, se houver uma possibilidade menos gravosa de restrição a um direito, deve-se preferir à possibilidade mais gravosa.

O mandamento da proporcionalidade é o padrão mundial. Nos Estados Unidos, eles adotam uma especificidade nessas matérias de discriminação que se chama o “escrutínio estrito”, *strict scrutiny*, que é “você precisa demonstrar a imprescindibilidade daquela restrição para que ela possa ser aceita como válida, sobretudo quando a restrição produz um impacto discriminatório”. Portanto, isso é brevemente o que eu considero a teoria.

Há dois interesses legítimos em jogo. A restrição de um direito fundamental em favor de um interesse público – no caso, a saúde pública – precisa obedecer ao princípio da proporcionalidade, no caso específico, manifestando-se como vedação do excesso. Se houver algum mecanismo menos gravoso ao direito fundamental, ele deve preferir àquele que tenha sido adotado na eventual normativa.

**ADI 5543 / DF**

Dessa forma, eu passo ao capítulo final do meu voto curto, porque, em última análise, eu estou acompanhando o eminente Relator e apenas fiz considerações. Sua Excelência explorou com imensa proficiência o tema da dignidade da pessoa humana, e, portanto, não havia sentido em que eu percorresse a mesma trajetória. Mas eu subscrevo o que Sua Excelência disse em relação a esses tópicos. E me pareceu mais próprio, para demonstrar o meu ponto, percorrer esse caminho de demonstrar os interesses em jogo e como eu acho que eles devem ser ponderados.

Por que, Presidente, eu estou assentando a inconstitucionalidade dos dois atos normativos? Por considerá-los desproporcionais, ou por considerar que eles desproporcionalmente restringem direitos fundamentais da comunidade LGBT, especialmente dos homossexuais masculinos.

Veja, Vossa Excelência, são duas as razões: a primeira e mais importante é que, pelos atos normativos impugnados, o período de inaptidão é de doze meses. Portanto, um homossexual masculino não poderá doar sangue se houver tido uma relação sexual nos últimos doze meses. Pois bem, esse critério dos doze meses não se sustenta e é claramente excessivo. Se o problema, como diz o Ministério da Saúde e a Anvisa, é a tal janela imunológica – porque, em relação a todo o período e a tudo o mais, o exame laboratorial é capaz de detectar –, a regra que impõe o dever de abstinência por doze meses, ou seja, impede o desfrute de uma vida sexual normal, é absolutamente desnecessária. E a necessidade para atingir um determinado resultado é um dos componentes da ideia de proporcionalidade. Portanto, se fora do período da janela imunológica, o exame laboratorial elimina o risco do falso negativo, não há nenhuma razão para que eventual interdição, eventual período de inabilitação, extrapole e, ainda que se queira ter uma margem de segurança de quinze ou trinta dias, mas um ano peca claramente pelo excesso.

Considero, em primeiro lugar, que há uma violação do mandamento da proporcionalidade na dimensão da proibição do excesso, porque haveria medida menos gravosa possível com o que eu estou dizendo, mas

**ADI 5543 / DF**

não estou interferindo nesta normatização, que não possa haver eventual regulamentação para prevenir a contaminação dentro do período da janela imunológica. Acho perfeitamente possível, acho que pode e, talvez, deva. Mas esta normativa peca claramente pelo excesso.

E aí, Presidente, embora haja muitos países, alguns desde a década de 80, que adotam o critério da proscrição da possibilidade de doação de sangue por homossexuais, é profundamente estigmatizante, porque a doação de sangue, como regra geral, é um ato de desprendimento, de abnegação. Eu bem percebi, e o Ministro Alexandre de Moraes observou um ponto, que por vezes as pessoas fazem a doação de sangue um pouco para ter o teste. É bem verdade que o sistema único de saúde já oferece, de forma universalizada, o teste contra a AIDS. Eu até aceito e admito a possibilidade de alguém, procurando fugir do estigma, faça a doação do sangue para ter o teste sem ter que declinar a sua condição, mas penso que isso estaria longe de ser a regra geral. Portanto, o ato de doação de sangue é um ato de benemerência, de abnegação, portanto, é difícil imaginar que alguém de má-fé ou dolosamente sujeitaria as demais pessoas ao contágio. Mas, ainda que isso pudesse acontecer, eu acho que os mecanismos de exames laboratoriais e eventual disciplina deste período de janela imunológica seriam suficientes.

Por isso, fui verificar que diversos países já baniram a restrição à doação de sangue por homossexuais, e, dentre esses países, destaquei o caso da Espanha, em que não existe qualquer restrição à doação de sangue por homossexuais e, naquele país, não se detectou nenhum caso de transmissão do HIV por transfusão sanguínea, nos anos de 2014 e 2015, segundo o boletim epidemiológico espanhol o qual tive acesso pela internet. E este mesmo boletim registra que, desde 2009, a taxa de transmissão dos vírus HIV por transfusão de sangue, na Espanha, varia entre 0 e 0,1%, que são percentuais muito semelhantes aos verificados no Brasil no mesmo período. E também, em relação ao México, para ter como exemplo de país latino-americano, onde tampouco há restrição à doação de sangue por homossexuais, os dados fornecidos pelo governo mexicano registram que, desde 2009, não se verificou qualquer caso de transmissão

**ADI 5543 / DF**

do vírus HIV pela via sanguínea, tendo-se registrado a taxa de 0% de contaminação por transfusão de sangue. Ainda na América Latina, a Colômbia tinha um banimento semelhante ao nosso que foi igualmente derrubado pela Corte Constitucional.

Presidente, por todas essas as razões, pedindo vênua ao Ministro Alexandre de Moraes, na parte em que diverge, e aderindo ao voto sensível, inspirado e extremamente delicado e que produz o resultado que me parece adequado, do eminente Ministro Luiz Edson Fachin, para considerar os atos normativos impugnados inconstitucionais por importarem em restrição discriminatório desproporcional a um grupo já estigmatizado.

Sendo essa a minha conclusão, eu apenas registro uma vez mais que penso que os órgãos de saúde, o Ministério da Saúde e a Agência de Vigilância Sanitária, se acharem próprio, podem normatizar mecanismos de prevenção não discriminatórios, mas mecanismos legítimos de prevenção relativamente à janela imunológica.

Portanto, estou acompanhando o Relator.

**25/10/2017****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhora Presidente, saúdo a todos. Cumprimento em especial o eminente Relator, Ministro Luiz Edson Fachin, que, como sempre, nos brindou com um belíssimo voto.

O tema já foi explanado com toda a clareza. É um tema, mais uma vez, delicado que se põe à jurisdição constitucional, porque se está a questionar, nessa ADI, a higidez constitucional de dois dispositivos. Um de uma resolução colegiada da Anvisa, que é o art. 25, XXX, “d”, da Resolução nº 34, de 2014. E o outro dispositivo de portaria do Ministério da Saúde, art. 64, IV, da Portaria nº 158, de 2016.

Esses atos normativos impugnados, como também já foi exposto com muita clareza, estabelecem a inaptidão temporária para a doação de sangue por homens que mantiveram relações sexuais com outros homens nos doze meses anteriores ao ato. Doze meses estes que constituem, como também muito bem explicitado pelo Ministro Alexandre e pelo Ministro Luís Roberto, a chamada janela imunológica.

A justificativa técnica da Anvisa e do Ministério da Saúde – também acabou de lembrar o eminente Ministro Luís Roberto – é de que a relação sexual entre homens implicaria e constituiria uma conduta de risco. Então, dentro dos limites que lhes cabem de regramento e regulamentação da matéria, estes homens estariam afastados e teriam a sua inaptidão para a doação sanguínea declarada neste período.

Esta Corte Constitucional não tem capacidade para afirmar a validade ou não dos dados técnicos que são trazidos nesta área. O que temos que examinar é se, à luz da nossa Constituição, a forma do regramento e os seus resultados implicaram ou não afronta aos princípios e preceitos constitucionais.

Tal como o eminente Relator, na linha do parecer da Procuradoria-Geral da República, pedindo vênias, na parte em que divirjo, ao eminente

**ADI 5543 / DF**

Ministro Alexandre, entendo sim que essas normas impugnadas promovem em seu resultado um tratamento discriminatório quando elas elegem, como critério de inaptidão, a orientação sexual do doador, e não a conduta de risco. Porque, a rigor, desconsideram, por exemplo, o uso de preservativo ou não, o fato de o doador ter ou não um 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.

Essa orientação, inclusive, parece-me, encontraria dificuldades no exercício de uma jurisdição constitucional que concluiu, por exemplo, pelo reconhecimento das uniões homoafetivas. Então há sim que, repito, à luz da Constituição e no exercício da jurisdição constitucional, compatibilizar essas normas todas, e, ao exame, na minha ótica, repito, concluir por desatendido o princípio da proporcionalidade na maneira como posta e como regradada a questão.

Por isso, com as achegas do Ministro Luís Roberto, eu acompanho na íntegra o voto do eminente Relator, conheço da ação e a julgo procedente.

25/10/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX:** Senhora Presidente, eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados aqui presentes, a controvérsia posta em debate cinge-se à constitucionalidade do artigo 64, inciso IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e do artigo 25, inciso XXX, alínea d, da Resolução da Diretoria Colegiada/RDC 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária/ANVISA, *verbis*:

Portaria 158/2016, do Ministério da Saúde:

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

**IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;**

Resolução 34/2014, da ANVISA:

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:

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

**ADI 5543 / DF**

Trata-se, portanto, de saber se são inconstitucionais os atos normativos que estabelecem o impedimento temporário à doação de sangue por homens que tenham relações sexuais com outros homens. Argui-se, então, o descumprimento dos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*); objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminações (art. 3º, IV); e princípio da proporcionalidade. Destaca, de um lado, a enorme carência dos bancos de sangue brasileiros e, de outro, a proteção à saúde do receptor do sangue transfundido.

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA DISCRIMINAÇÃO DE GRUPOS DE RISCO  
E A EXPLICITAÇÃO DOS FATORES DE RISCO**

O ministro relator, em primoroso voto, fundamentou a **inconstitucionalidade** dos dispositivos impugnados. Em brevíssima síntese, apontou os seguintes fundamentos: a) ofensa à dignidade da pessoa humana (autonomia e reconhecimento), ao impedir os homossexuais de serem como são; b) ofensa ao direito à igualdade ao impedir os homossexuais de serem tratados como iguais em relação aos demais cidadãos; c) violação ao dever de construção de uma sociedade livre e solidária; d) violação ao dever de promoção do bem de todos sem preconceitos de sexo e quaisquer formas de discriminação; e e) afronta à Convenção Americana de Direitos Humanos, ao Pacto de Direitos Civis e Políticos e à Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

Aduziu, ainda, que as normas restritivas da doação de sangue *sub examine* violam os princípios da dignidade e da igualdade por se basearem no gênero ou na orientação sexual do doador, em vez de a conduta possivelmente arriscada, *in verbis*:

“O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação, pois lança mão de uma

**ADI 5543 / DF**

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. (...)

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.”

De fato, a regra que impede a doação de sangue por homossexuais/bissexuais sexualmente ativos deve ser tida por inconstitucional, vez que estigmatiza determinado grupo, atribuindo-lhe a prática de um determinado comportamento de risco, sob presunção absoluta. A inconstitucionalidade da restrição decorre da equiparação feita entre *fatores* de risco a *grupos* de risco.

No mesmo sentido, entendeu a Corte Constitucional da Colômbia, ao julgar o caso T-248/12, em que se declarou a inconstitucionalidade da rejeição de um doador de sangue, por um laboratório, em razão de sua orientação sexual. Asseverou, em síntese, que “*a informação fornecida pelo doador em uma pesquisa e entrevista deve ser sobre práticas sexuais de risco e não sobre a orientação sexual do doador potencial*”. Confira-se excerto do acórdão, sobretudo ao que apela ao Ministério da Educação para que conforme a norma:

“SEGUNDO - Por conseguinte, ORDEM o Laboratório Clínico Higuera Escalante que, no prazo de dez (10) dias corridos a partir da data da notificação deste pedido, se o ator

**ADI 5543 / DF**

assim o desejar, realize a pesquisa e entrevista direcionadas **para identifique os fatores de risco para a doação de sangue, independentemente da orientação sexual**, e se a doação for aceita, envie as amostras de sangue doadas para os testes de triagem obrigatórios. A partir do levantamento completo e da entrevista realizada, o Laboratório deve enviar um relatório ao juiz de primeira instância no mês seguinte à notificação desta decisão, a fim de verificar o cumprimento deste pedido.

(...)

QUARTA - URGE o Ministério da Saúde e Proteção Social para a construção neste julgamento:

(a) Revisar os regulamentos existentes sobre o recebimento, coleta e provisão de doações de sangue, **a fim de eliminar os critérios de seleção de doadores com base na orientação sexual como critério para avaliar o risco de doenças infecciosas como o HIV**, direcionando o regulamento especificamente para indagar sobre práticas ou comportamentos sexuais de risco, de acordo com o que está indicado nesta decisão”.

Ao inviabilizar que homossexuais/bissexuais exerçam seu dever de solidariedade em razão de sua orientação sexual, as normas impugnadas na presente ação adotam o critério de grupos de risco, em vez de comportamento de risco. Ao assim proceder, impõem uma restrição injustificável aos direitos e garantias individuais dos potenciais doadores, ao que devem ser declaradas inconstitucionais.

A fim de impedir que a anomia resultante da declaração de inconstitucionalidade importe em risco ainda maior à saúde da população mais debilitada – sabidamente, a que aguarda a transfusão sanguínea -, entende-se pertinente, por meio de interpretação conforme, **explicitar os fatores de risco** abarcados pelas normas impugnadas. Para tanto, deve-se perquirir qual seria o comportamento de risco correlato à previsão de relação sexual entre homens.

**ADI 5543 / DF**

Constam, nos autos, diversos fatores de risco, supostamente ensejadores da restrição em questão. Entre todos, destacam-se a pluralidade de parceiros e o sexo anal. Confira-se:

“14. Um estudo piloto, financiado pelo governo americano – *Retrovirus Epidemiology Donor Study II (REDS-II) Transfusion Transmitted Retrovirus and Hepatitis Virus Rates and Risk Factors Study* - que avaliou o perfil epidemiológico de quatro marcadores virais (HBV, HCV, HTLV e HIV) em pouco mais que 50% das doações realizadas nos Estados Unidos, entre os anos de 2011 a 2013, demonstrou, além de outros achados, que os principais fatores de riscos comportamentais para a infecção por HIV em doadores de sangue no país, foram a prática do sexo com parceiros soropositivos e **a história de relação sexual de homens com homens**. Neste mesmo estudo, foi estabelecida um aumento de risco de 62 vezes a chance de se infectar com o vírus HIV em relações sexuais de homens com homens e de 2,3 vezes **em relações de múltiplos parceiros sexuais do sexo oposto**”. (Nota Técnica 012/2016/GSTCO/GGMEWD/DIARE/ANVISA)

"Recomendação da OPAS: Pessoas que se engagem em comportamentos sexuais de risco devem ser recusadas como doadores de sangue por 12 meses após a última ocorrência. **Os serviços de sangue devem recusar, por um período de 12 meses, as mulheres que se oferecerem a doar sangue, caso seus parceiros sexuais tenham realizado sexo anal ativo ou passivo com outro homem durante os 12 meses anteriores.** Orientação sexual - heterossexualidade, bissexualidade, homossexualidade - não deve ser usada como critério para seleção de doadores de sangue por não constituir risco em si própria. Os indivíduos não devem doar sangue por um período de seis meses após terem tido relação sexual com um novo parceiro. Doadores de sangue potenciais devem ser estimulados a proteger-se e proteger seus parceiros por meio do sexo

**ADI 5543 / DF**

seguro. "(Organização Pan-Americana da Saúde. *Eligibility for Blood Donation: Recommendations for Education and Selection of Prospective Blood Donors* Washington, D.C.: OPS, 2009)

"Os comportamentos sexuais de alto risco incluem ter múltiplos parceiros sexuais, receber ou pagar dinheiro ou drogas por sexo, incluindo profissionais do sexo e seus clientes, homens que fazem sexo com homens (HSH) (250,251) e mulheres que fazem sexo com HSH (246,247,252). HSH correspondem à maior subpopulação de pessoas infectadas pelo HIV na maioria dos países desenvolvidos (253,254,255,256) e muitos países, portanto, proíbem permanentemente os homens que já tiveram sexo oral ou anal com outro homem (254,257,258)". (WHO *Blood donor selection: guidelines on assessing donor suitability for blood donation*. 2012)

Não parece suficiente o entendimento de que outros incisos supririam a situação de risco que a norma impugnada pretendeu abranger. O inciso II, do artigo 64, da Portaria 158/2016, do Ministério da Saúde, impede a doação de sangue por pessoa "*que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais*". Aplicando-se indiscriminadamente a homens e mulheres, mas refere-se apenas ao comportamento tido por promíscuo, sem qualquer menção ao tipo de relação sexual, que também configura um fator de risco.

O infectologista e atual Secretário da Saúde do Estado de São Paulo, Dr. David Uip, informa que "**A relação anal passiva, quando praticada sem preservativo, é a que mais apresenta risco, na proporção de uma transmissão a cada 72 ações sexuais.** Em seguida vem a relação anal ativa, com uma transmissão a cada 900 ações"; e "Já a relação pênis/vaginal passiva apresenta risco de uma transmissão a cada 2.500 ações sexuais, enquanto que na relação ativa índice é a metade disso." (cf. *amicus curiae* ABHH). Note-se que, ao mensurar o risco, o especialista

**ADI 5543 / DF**

menção “relação anal passiva”, sem discriminar gênero.

Ao delimitar um grupo a que chama de risco, a norma é sobreinclusiva e se baseia em presunções que estigmatizam. Como visto, a presunção que se evidencia é de que os homossexuais e bissexuais estariam mais propensos a fazer sexo sem camisinha que os heterossexuais. Os riscos desses doadores homens e mulheres contraírem o vírus HIV são os mesmos. Isso porque o risco da relação anal sem camisinha é o mesmo. **Tratando do mesmo comportamento, a homossexualidade é irrelevante.**

As presunções comportamentais de que o casal homossexual faria mais sexo anal do que o casal heterossexual não possuem lastro científico e, ainda que houvesse maior probabilidade, não justificariam a estigmatização de um grupo. Deve-se investigar o *comportamento* de risco que se pretende identificar, não o grupo, vez que o contágio depende do não uso de preservativo ou da pluralidade de parceiros.

Ora, dado que o comportamento de risco que se pretende evidenciar é o sexo anal sem camisinha, não há outro critério adequado que não a pergunta objetiva, direcionada para homens e mulheres, sobre a realização de sexo anal sem a utilização de preservativos, em determinado interregno.

Assim, substituindo a referência a grupo de risco pelo critério de comportamento de risco e seguindo orientações da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, entidade dotada de maior expertise, têm-se como razoáveis os seguintes questionamentos:

Onde se lê:

“IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes”;

leia-se:

**IV – homens ou mulheres que tiveram relações sexuais**

**ADI 5543 / DF**

**anais com homens e/ou seus parceiros sexuais, sem a utilização de preservativo;**

Onde se lê:

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

leia-se:

**d) indivíduos que tiveram relações sexuais anais com outros indivíduos e/ou seus parceiros sexuais, sem a utilização de preservativo;**

Assim, ainda que dados epidemiológicos demonstrassem maior incidência de HIV entre os homens que fazem sexo com outros homens, não se justificaria a discriminação do sangue de homossexuais/bissexuais saudáveis que usassem preservativos. A medida, discriminatória, violaria o artigo 3º, IV, e o artigo 5º, *caput*, da CRFB.

**CAPACIDADE INSTITUCIONAL, DEFERÊNCIA TÉCNICA E  
DISCRICIONARIEDADE DO TIPO EMPÍRICO**

Uma vez interpretadas as normas de modo a harmonizarem-se aos direitos fundamentais reconhecidos pelo constituinte, não haveria outro vício a inquiná-las. As normas perduram em relação aos demais aspectos, tais como o prazo de 12 meses, a extensão a parceiros sexuais e a própria existência da restrição. É essa a exegese mais consentânea com a capacidade institucional da agência reguladora, bem como com a deferência técnica que o administrador inspira.

Nesses casos que necessariamente envolvem conhecimentos técnicos, a postura mais adequada ao Poder Judiciário é a de autocontenção (*judicial self-restraint*) e de deferência às valorações

**ADI 5543 / DF**

realizadas pelos órgãos especializados, dada sua maior *capacidade institucional* para o tratamento da matéria (cf. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 1998).

O Judiciário não pode arvorar-se na condição de detentor da verdade absoluta, sobretudo quando estão em jogo discussões complexas, que demandam conhecimentos de específico e sofisticado campo de saber. Na ausência de evidente e manifesta contrariedade à ordem jurídica, deve-se cancelar a opção do órgão técnico-especializado, que se traduz em *second best* diante dos custos de decisão e de erro (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Law & Economics Working Paper* n° 156, 2002).

Como apontam alguns especialistas, os avanços tecnológicos vêm garantindo a maior eficácia do teste sorológico. Se a janela imunológica para o vírus da AIDS era de 6 a 8 semanas, atualmente, a janela diagnóstica pode reduzir-se a aproximadamente 15 dias, dependendo do ensaio utilizado. O ensaio de quarta geração detecta simultaneamente o antígeno p24 e anticorpos específicos anti-HIV, o que fez com que o Ministério da Saúde reconhecesse que “*casos de infecção recente são melhor identificados com a utilização de um teste de 4ª geração como teste de triagem e um teste molecular como teste complementar*” (Manual Técnico para o Diagnóstico da Infecção pelo HIV do Ministério da Saúde, 2016; Despacho 129/2016/CGSH/DAET/SAS/MS).

A redução da janela imunológica de infecção viabiliza que, em um prazo bem menor, os reflexos laboratoriais do HIV possam ser detectados clinicamente. A princípio, a proibição por 12 meses parece ser, então, excessiva. Em alguns países, como Japão e África do Sul, a proibição se estende por apenas seis meses.

Ocorre, no entanto, que a eficácia dos testes sorológicos realizados

**ADI 5543 / DF**

não é absoluta. Segundo a Associação Brasileira de Hematologia, Hemoterapia e Terapia Celular – ABHH, *“os testes sorológicos são incapazes de detectar a contaminação do sangue em todos os casos, mesmo depois da introdução os testes com maior sensibilidade ou de teste de detecção de material genético dos vírus HIV e da hepatite B e da hepatite C (NAT)”*. No mesmo sentido, a ANVISA aponta que, *“mesmo com os recursos técnicos mais avançados disponíveis no mundo para detecção de agentes infecciosos, ainda persiste o risco de transmissão viral pelas transfusões”* (Nota Técnica nº 012/2016/GSTCO/GGMEWD/DIARE/ANVISA).

Além disso, como aponta o Manual Técnico, há alguns indivíduos, chamados de *controladores de elite*, que mantêm o vírus em um nível praticamente indetectável em testes moleculares. A estimativa é de que correspondam a menos de 1% dos indivíduos diagnosticados, mas, nesses casos, o diagnóstico exige testes complementares.

Diante da natureza científica do debate, cabe à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, bem como ao Ministério da Saúde, que possuem as devidas atribuições normativas, o protagonismo na formulação de diretrizes. Isso envolve a fixação de condições e procedimentos para a coleta segura de doações de sangue e posterior transfusão aos receptores.

Não lhes foi conferida carta branca para atuar ao alvedrio da vontade do constituinte, sabidamente filtro de todo o ordenamento jurídico, mas dentro do espaço de conformação que lhe foi conferido, sobretudo por tratar-se de matéria eminentemente científica. A discricionariedade do administrador frente aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente encontra limites no texto constitucional.

Assim, exige-se a atuação positiva do Estado-Administração, bem como do legislador, para tutelar o direito à saúde, incumbindo-lhe implementar preventivamente as políticas públicas tendentes à concretização do acesso a esse direito fundamental. Nesse particular,

**ADI 5543 / DF**

inclui-se tanto a proteção do doador, quanto do receptor e também da coletividade, que sofre com a carência de sangue.

A incerteza quanto à inexistência de obrigação ou proibição corresponde à **discricionariedade epistêmica** que milita a favor de uma postura deferente ao poder público. É que o sopesamento entre os direitos fundamentais em colisão foi feito pelo administrador público ao estabelecer que fossem feitas triagens clínica e laboratorial. Nas palavras de Alexy: *“do princípio da competência decisória do legislador democraticamente eleito decorra uma discricionariedade epistêmica para sopesar”* (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 593-594).

Especificamente no caso, parece haver uma discricionariedade do tipo empírico, fruto das incertezas científicas referentes à eficácia da triagem, da avaliação individual e do teste sorológico. Em sua manifestação, a ANVISA aduz que faltam estudos para verificar a acuidade de uma análise individualizada do risco, tal qual a adotada por países em que a triagem não categoriza grupos de risco. Afirma que *“nota-se a ausência de estudos ou comprovações científicas sobre as práticas sexuais consideradas seguras, por exemplo, relações monogâmicas e/ou com uso de preservativos, corroborando com a dificuldade para a prática de avaliações individuais”*.

Essa insuficiência empírico-científica é invocada para justificar a manutenção do *status quo*. É urgente que se promovam estudos nesse sentido e, especificamente, o desenvolvimento de pesquisas científicas que aumentem a eficiência da avaliação individualizada, testes sorológicos mais modernos, o armazenamento do sangue durante a janela ou outras medidas científica e moralmente aceitáveis. É possível - e fortemente desejável - que o avanço científico promova uma mudança no panorama epidemiológico ou na acuidade dos testes sorológicos, que faça com que seja revista a interpretação ora proposta.

**ADI 5543 / DF**

Sabidamente, 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. No entanto, longe de se pretender fazer populismo com a saúde pública, sabe-se da **irreversibilidade** de uma exposição epidemiológica dos receptores de sangue a vírus letais.

No mesmo sentido, entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia ao apreciar o caso Geoffrey Léger, conciliando a inconstitucionalidade da violação ao preceito da não-discriminação e a deferência técnica aos entes competentes. Confira-se a respectiva declaração:

“O nº 2.1 do anexo III da Diretiva 2004/33/CE da Comissão, de 22 de março de 2004, que dá execução à Diretiva 2002/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no que respeita a determinadas exigências técnicas relativas ao sangue e aos componentes sanguíneos, deve ser interpretado no sentido de que o critério de suspensão definitiva da dádiva de sangue, previsto nesta disposição e relativo ao comportamento sexual, abrange a hipótese em que um Estado-Membro, tendo em conta a situação nele existente, estabelece uma contraindicação permanente à dádiva de sangue para os homens que tiveram relações sexuais com homens, **quando se demonstre que, com base em conhecimentos e em dados médicos, científicos e epidemiológicos atuais, tal comportamento sexual coloca essas pessoas em grande risco de contrair doenças infecciosas graves que podem ser transmitidas pelo sangue e que, no respeito do princípio da proporcionalidade, não existem técnicas eficazes de detecção dessas doenças infecciosas ou, na falta dessas técnicas, métodos menos restritivos do que tal contraindicação, para assegurar um elevado nível de proteção da saúde dos receptores.** Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se

**ADI 5543 / DF**

essas condições estão preenchidas no Estado-Membro em causa”.

A medida judicial tinha por objeto a interpretação de norma que dava execução à Diretiva 2002/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelecia determinadas exigências técnicas relativas ao sangue e aos componentes sanguíneos. No caso concreto, Léger foi impedido de doar sangue pelo fato de ter tido uma relação sexual com um homem.

*Ex positis*, **acompanho** o Ministro Relator quanto à procedência da ação, a fim de declarar a inconstitucionalidade do artigo 64, inciso IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e do artigo 25, inciso XXX, alínea *d*, da Resolução da Diretoria Colegiada/RDC 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária/ANVISA, atribuindo-lhes interpretação conforme, de modo a **explicitar os fatores de risco previstos pelas entidades competentes**.

É como voto.

25/10/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

**ADITAMENTO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Agora, o que mais me chama a atenção é que há questões interdisciplinares que não reclamam capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal, apenas informações objetivas. E as informações são muito alarmantes, porque criar obstáculos para doação de sangue, no nosso país, é algo extremamente deletério.

Hoje, 1,5% da população brasileira doa sangue. E há uma carência enorme de sangue, nos bancos de sangue, que atendem pessoas em estado, assim, que sugerem a utilização imediata da transfusão.

Por outro lado, Senhora Presidente - quer dizer, diante desses excessos, diante de tudo quanto já expôs o Ministro Edson Fachin, à luz dos princípios constitucionais agora reforçados pela Ministra Rosa Weber e pelos Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso -, eu entendo que também devemos analisar esse tema à luz do ideário da nossa nação, que é a nossa Constituição Federal. E a Constituição Federal, ela se propõe a criar um País em que haja uma sociedade solidária.

E aqui, não há... Claro que há outros, mas há uma manifestação de caridade, de solidariedade - eu diria até de cidadania - no ato da doação de sangue, porque nós não podemos doar todo o nosso sangue, mas nós podemos doar uma parte que falta a alguém.

Então, sob esse ângulo interdisciplinar ou *jus* filosófico, de que é impregnada a nossa Constituição, eu sugiro que nós adotemos, como critério, que ao mesmo tempo defende o interesse público, defende a coletividade e não discrimina, a adoção da conduta de risco e não do grupo de risco. Exatamente porque a conduta de risco preserva a sociedade e, ao mesmo tempo, permite que esses atos, que encerram a construção de uma sociedade solidária, sejam realizados.

Então de tudo quanto eu li, sob o ângulo dogmático e sob o ângulo disciplinar, eu gostaria de propor - e eu não sei se isso se encaixa

**ADI 5543 / DF**

perfeitamente dentro do voto de Vossa Excelência, porque aí eu o acompanharia integralmente - que se adotasse, ainda que seja na *ratio decidendi* ou na tese que se vai fixar, a conduta de risco e a janela imunológica, que vier a ser fixada pelo legislador, com a sua própria expertise, e com a nossa deferência - que devemos - para, exatamente, se for possível, dentro do voto do Ministro Edson Fachin, acompanhá-lo integralmente, porque eu me volto não contra o artigo inteiro, eu chancelo, eu prestigio essa norma quando ela, no inciso XXX, estabelece prática sexual de risco. Essa é que é a grande questão que pode repercutir no âmbito da saúde pública.

A beleza do voto do Ministro Edson Fachin, que trouxe aqui passagens da filosofia, passagens em relação ao direito, uma das passagens mais bonitas que eu li - para encerrar aqui o meu voto e que me chamou a atenção - é do autor Helgir Girodo que assenta: *À cruz, Jesus permitiu que três pregos perfurassem o seu corpo para doar a última gota de sangue em prol da salvação de toda a humanidade.*

Então, eu entendo, Senhora Presidente, que se nós nos adstringirmos à prática das condutas de risco, nós estaremos, aqui, neste Tribunal, sem necessidade de indagar da nossa capacidade institucional, plasmando uma decisão que, ao mesmo tempo, ela é justa e caridosa, fazendo também uma caridade justa.

25/10/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

**DEBATE**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu tenho uma pergunta a Vossa Excelência.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Pois não!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu saúdo Vossa Excelência pelo brilho do voto que trouxe. Eu estou entendendo que na medida em que Vossa Excelência está trazendo um novo conceito, que são condutas de risco, Vossa Excelência, certamente, como consequência, está propondo que as autoridades sanitárias façam um exame prévio. É necessário fazer questionário para saber se a pessoa está, ou não, enquadrada nessa conduta de risco, e aí aplica-se a quarentena correspondente a ela.

Se essa for a solução de Vossa Excelência, eu não me oporia, porque - assim como disse muito o Ministro Barroso também os demais que o precederam, o Ministro Alexandre de Moraes - nós temos valores distintos a ponderar igualmente respeitáveis, quer dizer, nós temos, de um lado, a questão da saúde pública, a proteção, enfim, de todos aqueles que vão receber sangue - e que são muitos e cada vez em número crescente. E, de outro lado, nós temos, claro, o postulado da dignidade humana e o princípio da não discriminação. Nós temos obrigação de encontrarmos aqui um meio termo entre esses interesses igualmente válidos. Simplesmente afirmar que essa expressão que se contém, na alínea *b*, é uma expressão discriminatória e deve ser expungida da portaria e da resolução não resolve o problema da saúde pública.

E, de outro lado, eu penso que é temerário, e nós não temos a capacidade institucional, como disse o eminente Ministro Luiz Fux, de definirmos qual é o prazo dessa janela imunológica, em que o vírus não é detectado. Nós não somos médicos, não somos cientistas, biólogos, enfim. Nós temos que delegar essa decisão importantíssima às autoridades competentes, que são as autoridades sanitárias. Simplesmente optar por

**ADI 5543 / DF**

uma decisão ou por outra decisão, sem resolver o problema, com todo o respeito, eu penso que é uma certa temeridade de nossa parte.

Nós temos que dar uma resposta à sociedade. Uma coisa é nós trabalharmos no plano teórico, no plano acadêmico dos Direitos Humanos. Não estou dizendo que nós estejamos nesse plano, necessariamente, nós temos sido sempre muito pragmáticos, mas, se o eminente Ministro Luiz Fux estiver propondo uma saída nesta linha, ou seja, entendermos que existem sim e que, de fato, esta é a realidade, comportamentos de risco que impedem que se doe sangue, imediatamente, sem o respeito de uma janela imunológica - a ser definida pelas autoridades competentes -, eu, desde logo, adiro ao voto de Sua Excelência, que, no fundo, é um pouco também o voto do Ministro Alexandre Moraes, que concilia a sua posição com tudo aquilo que o Ministro...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Ministro Ricardo Lewandowski, há uma pequena divergência.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Ministro, se Vossa Excelência me permitisse, por favor. Apenas para finalizar o voto, Ministro Fux, e para que se tenha clareza do que cada qual está votando. O Ministro Fachin julgou procedente, no que foi acompanhado, integralmente, pelo Ministro Barroso, pela Ministra Rosa - até agora, claro - e o Ministro Alexandre de Moraes julga parcialmente procedente, com redução de texto, com a declaração de nulidade de uma expressão que vai no inciso XXX do artigo 25 da Resolução. O texto é: os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados - Vossa Excelência para aí, reduz - e os candidatos nessas condições devem ser considerados inaptos, temporariamente, por um período de doze meses, após a prática sexual de risco, incluindo-se - e aí propõe a interpretação conforme da alínea *d*. Vossa Excelência afirma, ao final do seu voto - e estou apenas querendo parafrasear para deixar claro -, que se - Vossa Excelência estava questionando o Ministro-Relator - parasse em doze meses e deixasse apenas prática sexual de risco - o que é diferente do que o Ministro

**ADI 5543 / DF**

Lewandowski agora argui. Parece-me, há uma pequena diferença.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não, conduta de risco.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - O Ministro Fux está concordando comigo, que eu estou interpretando o que Sua Excelência está dizendo.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - É, exatamente. Eu estou exatamente querendo ser fiel, até para a apuração, ao que Vossa Excelência diz. Quer dizer, no voto de Vossa Excelência, haveria, sim, também a redução, tal como proposto pelo Ministro Alexandre de Moraes.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Eu, parcialmente procedente, para excluir, aqui, a alínea *d*.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Isso, haveria a redução.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - A redução do prazo porque a legislação...

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Do texto que se refere ao prazo.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Isso, que a legislação competente...

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Que deixaria as normas, mas Vossa Excelência...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - E tirar a alínea *d*. Reduzir também, excluir a alínea *d*.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Mas, na verdade, mantendo-se o...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Mas eu acho... posso fazer um comentário, Presidente?

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Por favor. Tem a palavra.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - No meu voto, eu acompanhei o Ministro Fachin, porque eu considero procedente o pedido.

**ADI 5543 / DF**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Também.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - E acho que a cláusula que fala “indivíduos do sexo masculino que tiverem relações sexuais com outros indivíduos” é inconstitucional. O que eu disse, no meu voto, e, aparentemente, o Ministro Fux concorda, mas talvez a gente possa conciliar com o do Ministro Fachin, é que o risco que existe é o da janela imunológica e, portanto, aqui há um excesso na referência a doze meses. Portanto, eu disse, em *obiter dictum*, que acho que a Anvisa ou o Ministério da Saúde podem, e talvez devam, normatizar condutas de risco que protejam da janela imunológica, mas esse texto aqui é inconstitucional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Exatamente!

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu acho que o Ministro Fux concorda com isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas Sua Excelência reduz e o Ministro Barroso, acompanhando o Ministro Fachin, não reduz o texto, os dois apenas declaram inconstitucional.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - A alínea "d", mas todo mundo... O Ministro Fux declara inconstitucional também.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Eu estou perguntando se Vossa Excelência, Ministro Fachin, também eliminou do ordenamento o inc. XXX inteiro?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Não! Não! Ele se aplica a outros incisos.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Na verdade, não, porque, se me permite o esclarecimento, ele é composto de diversas alíneas. O voto que propus, tal como Vossas Excelências o receberam e eu tive a oportunidade de dispor na sessão anterior, enfrenta o pedido, que diz respeito à alínea "d" do inc. XXX. Este inc. XXX é composto das alíneas de "a" a "g".

**ADI 5543 / DF**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O XXX Vossa Excelência manteve...

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Não houve pedido acerca desse aspecto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não houve pedido, então, é a alínea "d" que ele declara inconstitucional.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - E o Ministro Fux acompanha.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - E as condutas de risco, o Ministro Fux tem toda a razão, eu me referi, aliás, expressamente, no voto: o estabelecimento de grupos de risco, e não de condutas, incorre em discriminação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Que o Ministro Barroso expressamente falou; a Ministra Rosa.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Por isso, julguei procedente a ação, como proposta, para declarar a inconstitucionalidade da alínea "d" do inc. XXX deste artigo 25, que aqui está em questão.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Eu entendi que Vossa Excelência invocou o art. XXX da resolução, que, justamente, traz uma proteção à sociedade na medida em que impõe às condutas de risco um certo escrutínio.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - É isso!

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - E esse escrutínio nós não estamos aptos a fazer!

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - E não estamos fazendo, segundo o meu voto, pelo menos.

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES** - Ministro Lewandowski, permite-me? Ministro Fux, eu retirei os doze meses, porque, em verdade, se os doze meses são discriminatórios em relação a homens que fazem sexo com homens, também são discriminatórios em relação a homens que fazem sexo com várias mulheres.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Estou no campo da

**ADI 5543 / DF**

proporcionalidade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - O que eu entendi de Vossa Excelência, parece que foi o que o Ministro Lewandowski também entendeu, é que Vossa Excelência amplia isso, dizendo que, na questão das condutas de risco, não tem os doze meses, mas tem que ter a janela. Não é exatamente isso?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Estabelecida pela autoridade competente.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Se for isso, eu não tenho nenhum problema em acompanhar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Só que essa janela está prevista no inc. XXX.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Há uma distinção. Eu estou mantendo como está e dizendo que a Agência ou Ministério da Saúde podem e devem normatizar. O Ministro Alexandre foi além e fez uma proposta de normatização. Eu não faço proposta de normatização.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, mais que isso! Vossa Excelência não deu interpretação conforme, acompanhou o Ministro, que julgou improcedente a alínea "d". Quando o Ministro julga parcialmente procedente, é porque ele dá uma interpretação à alínea "d".

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, eu entendi. Quanto ao voto do Ministro Fux, é que eu estou na dúvida agora, porque, se não mexe no XXX e ele tira a alínea "d", ele está julgando procedente, tal como o Relator.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Tal como o Relator.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Desculpe, eu estou entendendo, na verdade, que o que parece ofensivo e atentatório à dignidade da pessoa humana é essa expressão que diz respeito aos homossexuais, ou às relações homossexuais, mas, se nós dermos uma interpretação conforme a essa alínea "d", dizendo que, ao invés de se

**ADI 5543 / DF**

entender...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não é alínea "d".

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - É alínea "d" da Portaria.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Mas a alínea "d"...

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Aqui está a nossa divergência.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Sim, onde se lê "relações homossexuais", leia-se condutas de risco. É isso!

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - É que ela já está lá em cima.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Porque nós temos que proteger a sociedade de alguma forma. Aí, a conduta de risco é quem tem piercing, tatuagem, quem foi preso por mais 72 horas. É isso, são condutas de risco!

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES** - Amplia a minha proposta.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Eu mesmo não posso doar sangue e não me sinto discriminado. Eu estou proibido de doar sangue. Então, não é porque eu sou... agora nós temos que ser *data venia* consequentes, tem que ter resultado, não estamos no plano acadêmico. Substituir a expressão ou retirar uma expressão e deixar a sociedade desprotegida, eu acho perigoso.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu não entendi o voto do Ministro Fux. Eu gostaria de pedir a Vossa Excelência que explicasse para eu entender exatamente...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Basicamente, nós seguimos o mesmo fundamento ideológico constitucional. Eu entendo que alínea "d" realmente incide numa violação à não discriminação. Agora, por outro lado, a proposta que vem, quer dizer, o que nos veio para julgar é a inconstitucionalidade do art. 25, inciso XXX, alínea "d".

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - É só a alínea "d"?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - É só a alínea "d".

**ADI 5543 / DF**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É só a alínea "d". O pedido consta só a alínea "d".

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Só isso que consta do meu voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, Vossa Excelência está julgando procedente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A única coisa é que como nós entendemos pelos dados comparativos, pelo que se tem hoje, de acordo com alta tecnologia, que essa janela imunológica é grande.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - De 10 dias, de 10 a 12 dias.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, hoje ela é de 10 a 15.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - 10 a 12 ,aqui?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, mas nós temos 12 meses aqui.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, é inconstitucional. O órgão de saúde é que vai disciplinar a janela imunológica.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O Ministro Barroso diz expressamente: esse dispositivo não está em questão, porém não afasto a possibilidade de isso vir a ser normatizado.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu já proponho que se interprete conforme colocando isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas Vossa Excelência mantém a alínea "d", dando interpretação conforme. O Ministro Barroso não! O Ministro Barroso julga improcedente e faz a sugestão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu queria fazer uma pergunta: será que o Ministério da Saúde do Brasil e a Anvisa, em 2016, em 2014, quando editaram as portarias, será que não estavam a par dos progressos científicos relativamente aos exames no que tange ao HIV? Porque as portarias são muito recentes! Se as portarias fossem da década de 80 - eu tenho aqui estudos, também poderia revelar, os

**ADI 5543 / DF**

primeiros testes contra HIV foram de 1980, o famoso teste Elisa, e que é aplicado até hoje, hoje está na quarta geração e que estabelece...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, por isso que a interferência, em qualquer política pública, deve ser minimalista, pressupondo-se, portanto, que haja sido assentado algo a partir de reflexões, a partir de estatísticas, a partir de dados técnicos. Não podemos nos substituir aos legisladores, e dispondo sobre matéria, muito menos concluir por inconstitucionalidade a partir de visão romântica quanto à necessidade de se combater o preconceito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, eu vou traduzir interpretação autêntica, sem necessidade de embargos de declaração. Eu entendo que o inciso XXX já é suficiente ao mencionar "prática sexual de risco". Incluir homossexual é criar uma discriminação em relação à orientação e o grupo de risco que eu acho que é um critério errôneo. No voto de Vossa Excelência, tem essa expressão "conduta de risco".

De sorte, Senhora Presidente, que, para harmonizar o julgado, eu acompanho o Ministro.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Julgando procedente a ação, portanto, para declarar inconstitucional a alínea "d", do inciso XXX, do art. 25 da Resolução.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas Vossa Excelência está fazendo um *discrímen* com relação ao voto do Ministro Fachin, porque eu gostaria de acompanhá-lo, e acompanhar eventualmente o Ministro Alexandre de Moraes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Estamos parando na conduta sexual de risco.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, a meu ver, muito mais a discriminar é submeter pretendente à doação, ao exame prévio do que pedir a esse pretendente que simplesmente preencha questionário, que todos os cidadãos que desejam doar sangue preenchem, e aponte certos dados que não são alardeados.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas aqui também é assim que

**ADI 5543 / DF**

ocorre, quando se faz aquela autodeclaração.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É que Vossa Excelência ponderou sobre a submissão prévia ao exame.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O Ministro Lewandowski perguntou se o exame é prévio ou não. Eu sinceramente tenho a impressão de que o exame é feito em um material antes da transfusão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não há exame prévio.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas como é que nós vamos identificar conduta de risco com uma entrevista?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O sujeito diz.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Crie-se na honestidade de propósito quanto às declarações. Agora, se uma declaração sinaliza que o pretendente a doar está em zona de risco, evidentemente há exclusão, há a quarentena prevista nas normas.

E isso tudo, Presidente, vou ressaltar mais uma vez, visa a saúde pública, dos cidadãos em geral, e ninguém quer ser destinatário de transfusão sem ter segurança mínima quanto à certeza referente ao valor, em termos de não contaminação desse mesmo sangue.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Tendo em vista que também nós não podemos nos substituir ao legislador para criar aqui agora...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como disse o ministro Ricardo Lewandowski, temos que ser consequencialistas. Vamos pensar na decisão a ser tomada, antes de derrubar uma política pública que vem sendo observada e, até aqui, com resultados positivos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, como nós não podemos acrescentar - dou toda a razão ao Ministro Marco Aurélio -, eu entendo que o inciso XXX consagra a vedação da doação em razão de prática sexual de risco, e as autoridades sanitárias não fazem a transfusão sem examinar o material. Depois da morte do Henfil, não se faz mais isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Aí se diz: "Há discriminação quanto aos homossexuais", mas não há quanto àqueles que consomem drogas, não há quanto àqueles que se dedicam à prostituição.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas há uma autodeclaração.

**ADI 5543 / DF**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas por que potencializar o fato de se excluir a doação pelo homossexual, durante o período de doze meses, a partir do momento que tenha mantido relação com outra pessoa do mesmo sexo, o masculino?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Porque eu entendo que a conduta de risco tem um sentido mais genérico e menos inconstitucional do que a orientação sexual.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Foi o que disse: Precisamos, Presidente, ter presente a dualidade "preconceito e ressentimento". O ressentimento não pode ser potencializado a ponto de se jogar por terra uma política pública que foi estabelecida a partir de estudos técnicos. E não fizemos perícia, neste processo que está em mesa para julgamento, para decidir de forma diversa, mesmo porque não poderíamos fazê-lo, pois não somos legisladores positivos.

25/10/2017

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

|                       |  |
|-----------------------|--|
| <b>RELATOR</b>        | <b>: MIN. EDSON FACHIN</b>   |
| <b>REQTE.(S)</b>      | <b>:PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(A/S)</b>                                      |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>  |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA</b>                                    |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:PROCURADOR-GERAL FEDERAL</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM</b>                                  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:MARIA BERENICE DIAS</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RONNER BOTELHO SOARES</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS</b>                    |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL</b>                                     |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:GUSTAVO JOSE MENDES TEPEDINO E OUTRO(A/S)</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>  |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA</b>  |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS - ABRAFH</b>                              |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:LÍVIA DORNELAS RESENDE E OUTRO(A/S)</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO</b>                       |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT</b> |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO DA</b>   |

**ADI 5543 / DF**

|                    |   |
|--------------------|---|
|                    | UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CADIR- UNB   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :CEZAR BRITTO   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :MARLUCE MACIEL BRITTO ARAGAO E OUTRO(A/S)  |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA, DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA UFPR |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UFPR   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E OUTRO(A/S)  |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ILTON NORBERTO ROBL FILHO E OUTRO(A/S)   |

**EXPLICAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Então, seguindo essa orientação de que não somos legisladores positivos, eu entendo que o *caput* do inciso XXX é suficiente para se evitar a inserção da alínea "d", que cria uma discriminação ostensiva contrária à Constituição Federal, a partir do que eu entendo. Essa alínea "d" parte da premissa de que todo homossexual é infectado pelo vírus do HIV. Parte dessa premissa.

**25/10/2017****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL****DEBATE II**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, se o Ministro Luiz Fux - de certa maneira, na esteira do que vinha assentando o Ministro Alexandre de Moraes - desse uma interpretação conforme aos dispositivos impugnados para que se lesse "condutas de risco" onde se lê "relações homossexuais", eu o acompanharia sem nenhum problema, se fosse essa a posição.

Caso contrário, Senhora Presidente, até dentro desse ponto de vista do Ministro Marco Aurélio, eu me encaminharia pela improcedência. Primeiro, porque as resoluções e as portarias são recentíssimas - são de 2016 a portaria, e a resolução de 2014. Eu não acredito que as nossas autoridades sanitárias não tenham levado em consideração o progresso da ciência no que diz respeito à identificação precisa do tempo da janela imunológica. Então, eu não tenho condições, porque não sou médico, não sou biólogo, não sou técnico, para dizer que a janela tem que ser de doze meses, seis meses, alguns dias ou não. Nesse grupo de risco existem outros indivíduos, por exemplo, aqueles - como já disse - que tenham sido encarcerados por mais de setenta e duas horas, que tenham feito piercings, tatuagens ou maquiagens definitivas, que hajam sofrido acidente com material biológico. Há uma série de pessoas que se inserem nesse grupo de risco. E, a rigor, não há proibição de doação de sangue como se tem aventado aqui, mas simplesmente uma quarentena temporária. Aliás, esses dois atos normativos chamam esta janela de inaptidão. Esse é o termo técnico. Inaptidão temporária, ninguém está proibindo ninguém. Se alguém entrou nesse grupo de risco, ficará impedido por um certo tempo de doar sangue. Agora, se é pouco ou muito, se esse prazo é muito dilatado, não tenho condições de saber. Eu sei, claro, por minhas leituras acadêmicas, até diletantes, que esse prazo diminuiu bastante, até para um mês, segundo alguns estudos. Porém, não posso afirmar isto categoricamente.

**ADI 5543 / DF**

Então eu diria o seguinte: Eu acompanho o Ministro Alexandre de Moraes e o Ministro Luiz Fux se eles estiverem dando interpretação conforme aos dispositivos impugnados, substituindo essa expressão "relações homossexuais", que está causando uma certa espécie, por "conduta de risco"...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, veja a situação do leigo que se apresenta para doar sangue. Como definirá situação de risco?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ele terá que responder ao questionário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Daí o questionário tal como redigido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ele teve um acidente biológico, fez piercing, foi preso, tatuagem, ele terá que responder uma série de coisas. Teve relações sexuais sem preservativo.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pulou de paraquedas!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Então ele se coloca numa conduta de risco.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro, o art. 164 diz:

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

Quanto à impugnação:

"IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes; "

A impugnação foi errada desde o início.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E Vossa Excelência apontou muito bem que essa previsão decorreu de dados concretos quanto ao HIV.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exatamente.

**ADI 5543 / DF**

Agora - conforme o Ministro Lewandowski e Ministro Fux mencionaram -, a questão seria que, deixando para a parte médica estabelecer a janela para as condutas de risco, não só as de homem com outro homem, mas também quem foi vítima de um estupro. A janela é a mesma. Hoje, quem foi vítima de estupro, só daqui a doze meses poderá doar sangue. Se a ciência comprovar, igual no caso de relação homem com homem, que em cinco semanas pode, por que não dar interpretação conforme a todas essas disposições do artigo 64, que hoje exigem doze meses, para que passem a exigir a janela necessária para que a ciência diga que aquele sangue não tem problema?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Qual é a janela, Ministro? Como será a definição dessa janela se já houve a previsão de um prazo?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Foi debatida a questão dos homossexuais masculinos, não tem sentido mexermos no que não foi pedido e nem discutido.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas o pedido já foi errado, Ministro Barroso. O pedido foi terciário.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - A gente vai julgar sem contraditório.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Considerar por arrastamento também outras. Por arrastamento, nós podemos substituir, deixar apenas o caput, considerando-se as condutas de risco. Por exemplo, quem sofreu a prática de estupro, evidentemente está sendo discriminado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu só estudei questão da discriminação aos homossexuais masculinos. Portanto, meu voto está confinado ao que foi pedido, discutido e é objeto de contraditório.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E que o Relator delimitou, exatamente dentro do pedido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu não vou mexer numa portaria ou numa resolução complexa em itens que não

**ADI 5543 / DF**

foram debatidos.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, o meu voto adequado ao do Ministro Lewandowski está estendendo a todas as situações discriminatórias, não a uma única situação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, se o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que abriu a divergência, realmente dá uma interpretação conforme para incluir todas as condutas de risco, eu acompanho a divergência e creio que estou acompanhando também o voto do Ministro Fux.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não, o Ministro Fux acompanhou o Relator pela procedência do pedido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Então, os *obiter dicta* de Sua Excelência ficaram absolutamente desprezados no voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu tenho que apurar o que foi o voto dele.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O *caput* resolve o problema, porque o *caput* fala em prática sexual de risco.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por isso ele julgou procedente, Ministro Lewandowski.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Fux, só uma dúvida então. Precisa dos doze meses ou a janela?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX- Essa lista não é em *numerus clausus*, podem surgir outros...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, a lista é em *numerus clausus*.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Quer dizer que, se vier alguém não incluído aí que tenha o vírus HIV, pode?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O Ministro Fux, então, julgou procedente, acompanhando o Relator.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Diante desse quadro, e diante das reflexões que foram feitas, e eventualmente tentando trazer uma solução conciliatória, eu me abstenho de concluir o voto e trarei uma solução.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. EDSON FACHIN**

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S) : RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO (DF025120/) E  
OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS)

ADV.(A/S) : RONNER BOTELHO SOARES (117094/MG)

AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E  
TRANSGÊNEROS

ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)

AM. CURIAE. : IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ADV.(A/S) : GUSTAVO JOSE MENDES TEPEDINO (0041245/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS -  
ABRAFH

ADV.(A/S) : LÍVIA DORNELAS RESENDE (0147708/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E  
DE GÊNERO

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (0242668/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS,  
TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT

ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)

AM. CURIAE. : CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE  
BRASÍLIA - CADIR- UNB

ADV.(A/S) : CEZAR BRITTO (32147/DF)

ADV.(A/S) : MARLUCE MACIEL BRITTO ARAGAO (DF032148/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA:  
FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA, DO PROGRAMA DE  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA UFPR

ADV.(A/S) : ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA (22920/PR)

AM. CURIAE. : NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UFPR

ADV.(A/S) : ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA (22920/PR)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO (18958/DF, 167075/MG,  
2525/PI) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS -  
ANADEP

ADV.(A/S) : ILTON NORBERTO ROBL FILHO (38677/DF, 43824/PR) E  
OUTRO (A/S)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Edson Fachin julgando procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello. Falaram: pelo requerente Partido Socialista Brasileiro - PSB, o Dr. Rafael de Alencar Araripe Carneiro; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, a Dra. Patrícia Gorisch; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, o Dr. Rafael dos Santos Kirchhoff; pelo *amicus curiae* IBDCIVIL - Instituto Brasileiro de Direito Civil, a Dra. Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União - DPU, o Dr. Gustavo Zortea da Silva, Defensor Público Federal; pelos *amici curiae* Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília - CADIR-UNB e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Cezar Britto; pelo *amicus curiae* Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, a Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP, o Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas - ABRAFH, a Dra. Marianna Chaves. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.10.2017.

**Decisão:** Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes, divergindo do Relator e julgando parcialmente procedente a ação, para dar interpretação conforme a Constituição, e após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, acompanhando o Relator, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 25.10.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário

**26/10/2017****PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL****VISTA**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, ontem, depois do debate colocado pelo Ministro Alexandre de Moraes e também das questões suscitadas pelos Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, eu saí daqui bastante preocupado. E hoje, ainda, tive uma conversa com o médico infectologista e professor David Uip, que fez uma série de ponderações, inclusive, sobre essa questão do exame que se pode realizar, dizendo que pode ser feito realmente, mas ele está com preços ainda proibitivos. Então, talvez os Estados do centro-sul logrem fazê-lo, e até de forma generalizada, mas isso não ocorrerá no norte e nordeste.

De modo que eu ponderaria ao Tribunal e pediria vista deste processo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, voto de improviso, mediante notas tomadas na Sessão, adiantaria o meu convencimento sobre a matéria, mas, considerada a repercussão deste caso, relativamente a uma política pública, que aponto saudável, acabei trazendo voto escrito, mas vou aguardar o voto do ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Lewandowski, eu estava até dizendo que, diante da ponderação de Vossa Excelência ontem, a partir do debate que Vossa Excelência travou, especialmente com o Ministro Fux, eu disse que saí daqui bastante preocupado com toda essa questão. E hoje tive a oportunidade de falar com o Doutor David Uip, conhecido por todos como um grande infectologista, que fez uma série de ponderações, inclusive, em relação aos temas técnicos que aqui nós tratamos, a questão da janela, de se poder fazer o exame nesse período. E ele disse que, talvez para a população do centro-sul, haja condições de se fazer, mas os Estados do norte e nordeste não dispõem dessas condições, por isso, há um temor de que uma mudança nessa regra, sem os devidos condicionamentos e

**ADI 5543 / DF**

procedimentos, possa, na verdade, contribuir para a infecção em casos que tais.

De modo que eu ponderaria e estou pedindo vista.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O Ministro pediu vista antecipada. Eu indago se Vossa Excelência aguarda.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não tem nenhum problema. Estou preparado para votar também, eu me dediquei ontem à noite e hoje a manhã toda levantando dados internacionais, e queria adiantar apenas alguns.

Quero dizer, desde logo, que concordo com os fundamentos do eminente Relator. Eu acho que Sua Excelência trouxe um voto muito bem-elaborado. Nós não podemos, nesta Suprema Corte, compactuar com qualquer tipo de discriminação, mas existe, evidentemente, uma obrigação constitucional do Estado para com a saúde. Há um dispositivo - inclusive, estive vendo nesta manhã -, que é um dos incisos do artigo 200 da Constituição, que estabelece uma obrigação muito clara do Estado com relação ao controle de todos os produtos hemoderivados, quer dizer, que provêm do sangue.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, Vossa Excelência vai votar?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois é. Eu verifiquei também - apenas uma contribuição para Vossa Excelência que pediu vista - que, fazendo um *vol d'oiseau* sobre o que ocorre no mundo com relação a janela imunológica, em ordem alfabética, os países que exigem uma janela imunológica de um ano são os seguintes: Austrália; Bélgica; Brasil; Canadá; República Tcheca; Finlândia; França; Hong Kong; Hungria; Irlanda; Israel; Netherlands, que são países baixos ou Holanda; Nova Zelândia; Noruega; Irlanda do Norte; Portugal; Coreia do Sul; Suécia; Suíça; e Reino Unido. Portanto, são países... Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E não se articula com preconceito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois é. Esse é um dado que me impressionou, isso quanto à razoabilidade, pelo menos,

**ADI 5543 / DF**

à primeira vista, dessa janela imunológica de um ano, quer dizer os países mais avançados do mundo adotam essa janela imunológica de um ano. Portanto, com relação a isso, creio que não seria recomendável que nós ingressássemos nesse campo, até porque não temos as condições técnicas para tais.

Eu também li, hoje de manhã, um longo estudo, que é datado dezembro de 2015, que foi produzido pelo Departamento de Saúde dos Estados Unidos e do *Food and Drug Administration Center for Biologic Evaluation and Research*, que justamente - é um estudo longo - trata de recomendações revistas para redução do risco da transmissão do vírus da Aids. E, ao final, esse estudo, que foi baseado em pesquisas técnicas extremamente avançadas, pesquisas de centros de estudos de grande renome, traz algumas recomendações que coincidem exatamente com aquelas disposições que se contêm disposições da Portaria e da Resolução impugnadas nesta ação direta de inconstitucionalidade. Eu tenho esse estudo, está em inglês. Em função do pedido de vista, não vou lê-lo, evidentemente, até para não tomar mais tempo deste Colendo Plenário, mas, tendo em conta exatamente esses dois valores importantes - que devem ser protegidos por esta Corte, e, sobretudo, considerando que nós temos que ser consequentes, como temos sido sempre -, eu estaria apresentando-o, ou apresentaria, a esta Colenda Corte, uma interpretação conforme.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vossa Excelência quer que apure o voto, então?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas não vou adiantar. Vou aguardar o voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, mas levando, evidentemente, em consideração o belíssimo e profundo voto do Ministro Fachin e também outras considerações, sobretudo, aquelas trazidas ontem pelo Ministro Alexandre de Moraes.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vossa Excelência aguarda?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Aguardo, portanto.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. EDSON FACHIN**

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S) : RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO (DF025120/) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS)

ADV.(A/S) : RONNER BOTELHO SOARES (117094/MG)

AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS

ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)

AM. CURIAE. : IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ADV.(A/S) : GUSTAVO JOSE MENDES TEPEDINO (0041245/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS - ABRAFH

ADV.(A/S) : LÍVIA DORNELAS RESENDE (0147708/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (0242668/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT

ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)

AM. CURIAE. : CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CADIR- UNB

ADV.(A/S) : CEZAR BRITTO (32147/DF)

ADV.(A/S) : MARLUCE MACIEL BRITTO ARAGAO (DF032148/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA:

FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA, DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA UFPR

ADV.(A/S) : ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA (22920/PR)

AM. CURIAE. : NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UFPR

ADV.(A/S) : ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA (22920/PR)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO (18958/DF, 167075/MG, 2525/PI) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP

ADV.(A/S) : ILTON NORBERTO ROBL FILHO (38677/DF, 43824/PR) E OUTRO(A/S)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Edson Fachin julgando procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello. Falaram: pelo requerente Partido Socialista Brasileiro - PSB, o Dr. Rafael de Alencar Araripe Carneiro; pelo *amicus*

*curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, a Dra. Patrícia Gorisch; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, o Dr. Rafael dos Santos Kirchhoff; pelo *amicus curiae* IBDCIVIL - Instituto Brasileiro de Direito Civil, a Dra. Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União - DPU, o Dr. Gustavo Zortea da Silva, Defensor Público Federal; pelos *amici curiae* Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília - CADIR-UNB e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Cezar Britto; pelo *amicus curiae* Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, a Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP, o Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas - ABRAFH, a Dra. Marianna Chaves. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.10.2017.

**Decisão:** Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes, divergindo do Relator e julgando parcialmente procedente a ação, para dar interpretação conforme a Constituição, e após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, acompanhando o Relator, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 25.10.2017.

**Decisão:** Chamado o feito a julgamento, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista antecipada dos autos. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.10.2017

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário

**11/05/2020**

**PLENÁRIO**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

|                       |  |
|-----------------------|--|
| <b>RELATOR</b>        | <b>: MIN. EDSON FACHIN</b>   |
| <b>REQTE.(S)</b>      | <b>:PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(A/S)</b>                                      |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>  |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA</b>                                    |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:PROCURADOR-GERAL FEDERAL</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM</b>                                  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:MARIA BERENICE DIAS</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RONNER BOTELHO SOARES</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS</b>                    |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL</b>                                     |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:GUSTAVO JOSE MENDES TEPEDINO E OUTRO(A/S)</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>  |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA</b>  |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS - ABRAFH</b>                              |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:LÍVIA DORNELAS RESENDE E OUTRO(A/S)</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO</b>                       |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT</b> |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO DA</b>   |

**ADI 5543 / DF**

|                    |   |
|--------------------|---|
|                    | UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CADIR- UNB   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :CEZAR BRITTO   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :MARLUCE MACIEL BRITTO ARAGAO E OUTRO(A/S)  |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA, DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA UFPR |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UFPR   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E OUTRO(A/S)  |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ILTON NORBERTO ROBL FILHO E OUTRO(A/S)   |

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:** Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), por meio da qual se questiona a constitucionalidade do inciso IV do artigo 64 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e da alínea 'd' do inciso XXX do artigo 25 da Resolução da Diretoria Colegiada 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que prescrevem a inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo para realizarem doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes a tal prática.

O Requerente afirma que as normas impugnadas "*determinam, de forma absoluta, que os homens homossexuais são inaptos para a doação sanguínea pelo período de 12 (doze) meses a partir da última relação sexual*" e

**ADI 5543 / DF**

que "logo, os homens homossexuais que possuam mínima atividade sexual são considerados, na prática, permanentemente inaptos para a doação sanguínea". Sustenta, além disso, que "essa situação escancara absurdo tratamento discriminatório por parte do Poder Público em função da orientação sexual, o que ofende a dignidade dos envolvidos e retira-lhes a possibilidade de exercer a solidariedade humana com a doação sanguínea". Destaca, ainda, "a atual - e enorme - carência dos bancos de sangue brasileiros". E conclui que "as normas questionadas nesta ADI violam (...) os seguintes preceitos constitucionais: a) dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III); b) direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput); c) objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminações (art. 3º, IV); e d) princípio da proporcionalidade."

Em 8/6/2016, adotou-se o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

A ANVISA "corrobora o posicionamento das regulamentações vigentes (Portaria 2712/2013, Portaria 158/2016) e RDC 34/2014)", ressaltando que "a RDC Anvisa 34/2014 e Portaria MS 2712/2013 não exclui homens que fazem sexo com outros homens - homossexuais, bissexuais e outras identidades de gêneros relacionados - de doarem sangue, desde que atendam aos requisitos de triagem clínica estabelecidos".

O Ministério da Saúde informou que "os dispositivos questionados não possuem conteúdo discriminatório, com o fito de restringir direitos de seguimentos da sociedade em virtude de orientação sexual, uma vez que se trata, tão somente, de medida de cautela, adotada pelo Ministério da Saúde, dentre tantas outras medidas que não possuem qualquer relação com a orientação sexual dos candidatos a doação" e que "todas as situações restritivas (...) possuem um único objetivo, a saber, de proteção do receptor do sangue doado". Destacou, além disso, "que a hipótese de inaptidão temporária prescrita no art. 64, IV, da Portaria 158/GM/MS, de 2016, e no art. 25, XXX, d, da RDC 34/2014 da ANVISA encontra-se calcada nas melhores literaturas, dados epistemológicos, normativos e experiências nacionais e internacionais acerca do tema, o que demonstra a devida razoabilidade da medida".

Foram admitidos como *amici curiae* (i) a Defensoria Pública da União (DPU), (ii) a Defensoria Pública do Estado da Bahia, (iii) a Associação

**ADI 5543 / DF**

Brasileira de Famílias Homoafetivas (ABRAFH), (iv) o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS), o (v) Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), (vi) o Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL), (vii) o Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, (viii) a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), (ix) o Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília (CADIR-UnB), (x) o Núcleo de Pesquisa “Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea” (PPGD-UFPR), conjuntamente com o Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da UFPR, e (xi) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O Advogado-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido.

O Procurador-Geral da República apresentou Parecer pelo deferimento da medida cautelar, sustentando a inconstitucionalidade das normas impugnadas.

É o relatório. VOTO.

Importante destacar o brilhantismo do voto de sua Excelência, Ministro EDSON FACHIN, que, após salientar a *“dignidade da pessoa humana como fundamento, um presente obrigatório e sempre um norte futuro”* e realizar detalhada análise dos *“direitos da personalidade à luz da dignidade da pessoa humana e da Constituição da República”*, em face do *“Direito Civil matizado pela constitucionalização prospectiva”*, reiterou a proclamação várias vezes afirmada por esta CORTE em relação ao *“Direito Fundamental à Igualdade independentemente do gênero ou da orientação sexual”* e, votando pela procedência da presente ação, declarou a inconstitucionalidade do 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, com base nos artigos 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana); 3º, I (construção de uma sociedade livre e solidária); 3º, IV, (promoção do bem de todos sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação); 5º *caput*

**ADI 5543 / DF**

(princípio da igualdade).

Inicialmente, sua Excelência entendeu que ambos os atos “*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*”; e, conseqüentemente, concluiu que está “*adequado o instrumento utilizado para a aferição de sua constitucionalidade*”; em que pese, e é importante salientar, ter o autor da presente ação direta de inconstitucionalidade ignorado o paradigma do artigo 199, § 4º, da Constituição Federal, que, expressamente estabelece que 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; bem como não ter impugnado, ou requerido interpretação conforme à Constituição, especialmente dos artigo 3º, incisos I e II; 14, VI e VII, e 16, IV, todos da Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001, que regulamenta o referido § 4º do artigo 199, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelecendo o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades e estabelecem:

“Art. 3º. São atividades hemoterápicas, para os fins desta lei, todo conjunto de ações referentes ao exercício das especialidades previstas em Normas Técnicas ou regulamentos do Ministério da Saúde, além da proteção específica ao doador, ao receptor e as profissionais envolvidos, compreendendo:

I – captação, triagem clínica, laboratorial, sorológica, imunoematológica e demais exames laboratoriais do doador e do receptor, coleta, identificação, processamento, estocagem, distribuição, orientação e transfusão de sangue, componentes e hemoderivados, com finalidade terapêutica ou de pesquisa.

II – orientação, supervisão e indicação de transfusão do sangue, seu componentes e hemoderivados”.

**ADI 5543 / DF**

Art. 14 A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

(...)

VI – proteção da saúde do doador e do receptor mediante informação ao candidato à doação sobre os procedimentos a que será submetido, os cuidados que deverá tomar e as possíveis reações adversas decorrentes da doação, bem como qualquer anomalia importante identificada quando dos testes laboratoriais, garantindo-lhe o sigilo dos resultados.

VII – obrigatoriedade de responsabilidade, supervisão e assistência médica na triagem de doadores, que avaliará seu estado de saúde, na coleta de sangue e durante o ato transfusional, assim como no pré e pós-transfusional imediatos.

Art. 16. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados, cuja execução estará a cargo do SINASAN, será dirigida, em nível nacional, por órgão específico do Ministério da Saúde, que atuará observando os seguintes postulados:

(...)

IV – integrar-se com os órgãos de vigilância sanitária e epidemiológica e laboratórios oficiais, para assegurar a qualidade do sangue, componentes e hemoderivados e dos respectivos insumos básicos”.

Com base no artigo 26 da referida Lei 10.205, de 21 de março de 2001, foi editado Decreto 3.990, de 30 de outubro de 2001, igualmente não impugnado pelo autor da referida ADI, 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.

Além de repetir as principais normas da lei, em seu artigo 2º, incisos VI, VII e VIII, reitera a tríplex proteção do sistema nacional de sangue, componentes e derivados – SINASAN – destinada aos doadores,

**ADI 5543 / DF**

receptores e agentes do sistema:

VI- proteção da saúde do doador e do receptor mediante informação ao candidato a doador sobre os procedimentos a que será submetido, os cuidados que deverá adotar, as possíveis reações adversas decorrentes da doação, bem como qualquer anomalia importante identificada quando dos testes laboratoriais, garantindo o sigilo dos resultados;

VII- obrigatoriedade de responsabilidade, supervisão e assistência médica na triagem de doadores, para avaliação do estado de saúde do doador, na coleta de sangue e durante o ato transfusional, assim como nos atos pré e pós-transfusional imediatos;

VIII- direito a informação sobre a origem e procedência do sangue, dos componentes e hemoderivados, bem como sobre o serviço de hemoterapia responsável pela origem destes;

O referido Decreto, em seu art. 5º, incisos VI e VII, estabelece ainda, como competência dos Estados e do Distrito Federal, no âmbito do SINASAN, em articulação com o Ministério da Saúde:

VI- garantir à população a oferta de sangue e hemocomponentes com qualidade, assegurando a assistência hemoterápica;

VII- exigir o cumprimento das normas técnicas pelos órgãos executores das ações de hemoterapia, por meio das ações de vigilância sanitária.

Dessa maneira, com base no § 4º do artigo 199 da Constituição Federal, foi editada a Lei 10.205, de 21 de março de 2001, e foi editado o Decreto 3.990, de 30 de outubro de 2001, estabelecendo a Política Nacional no plano normativo institucional *“sobre a coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, bem como o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades”*, fundada no *“conjunto de ações referentes ao exercício das*

**ADI 5543 / DF**

*especialidades previstas em Normas Técnicas ou regulamentos do Ministério da Saúde, além da proteção específica ao doador, receptor e aos profissionais envolvidos”, como já me referi ao citar o caput do artigo 3º da Lei 10.205, de 21 de março de 2001.*

A partir das exigências da edição desse conjunto de normas técnicas especialíssimas da área da saúde, foram editadas a Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e a Resolução 34/2014 da ANVISA, ora diretamente impugnadas e que, ressalte-se, estabelecem uma série de exigências técnicas cujo substrato normativo é o Decreto 3.990/2001, que, assim como a Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001, não foi impugnado pela presente ação direta de inconstitucionalidade.

São os seguintes os textos impugnados:

**PORTARIA 158/2016, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

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

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

**RESOLUÇÃO 34/2014, DA ANVISA**

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;

**ADI 5543 / DF**

O objeto das ações diretas de inconstitucionalidade, além das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo (NEVES, A. Castanheira. *O problema da constitucionalidade dos assentos*. Coimbra: Coimbra, 1994). Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 2-6), deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo (ADI 1352-1-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ, 4/10/95), não impedindo, portanto, o controle abstrato de constitucionalidade dos decretos autônomos (por exemplo: CF, art. 84, incisos VI e XII) ou, ainda, de demais atos normativos que possam ter invadido matéria reservada à lei (ADI 1.553/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, decisão: 13/5/2004. *Informativo STF* nº 348; ADI 1.969-4/DF – Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 5/3/2004).

A importância de destacar a inexistência de impugnação, mesmo que fosse de alguns pontos específicos da Lei nº 10.205/2001 ou do Decreto nº 3.990/2001, tem por finalidade salientar que essas omissões podem, eventual e diferentemente do que possa parecer 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 atos normativos primários editados com a finalidade específica de estabelecimento de critérios discriminatórios aos homossexuais masculinos que queiram doar sangue.

Não é disso que se trata, pois, em que pesem os textos impugnados sejam somente relacionados à questão de orientação sexual, os dispositivos normativos estabeleceram uma série de limitações fixadas a partir de estudos técnicos e científicos, tais como 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, pessoas

**ADI 5543 / DF**

que sejam parceiros sexuais de hemodialisados e de pacientes com história de transfusão sanguínea, pessoas que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos, sem uso de preservativo; pessoas que tenham tido contato com o vírus da hepatite B ou C; *tripanosoma cruzi* (causador da doença de Chagas), utilização de *piercing* ou existência de *tatuagens* realizadas sem condições de avaliação quanto à segurança, entre outros critérios, apontados pela Associação Brasileira de Hematologia, Hemoterapia e Terapia Celular, admitida como *amicus curiae* na presente ADI.

Assim como os demais critérios, aqueles relacionados à orientação sexual foram adotados a partir de estudos técnicos e científicos, inclusive comparativos com outros países, como por exemplo, os EUA, que somente a partir de 1977 passaram a permitir aptos a doarem sangue os indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes, após um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco. Até então, era proibido de forma absoluta. Ou ainda, o Reino Unido, Argentina, Austrália e Suécia, cujo prazo é o mesmo que o brasileiro, ou seja, 12 meses. No Canadá e na Nova Zelândia, o prazo é de cinco anos e, na Alemanha, Suíça e Holanda, a inaptidão é definitiva, como também salientado pela Associação Brasileira de Hematologia, Hemoterapia e Terapia Celular.

Não se trata, portanto, *a priori*, de um ato arbitrário, discriminatório e direcionado tão somente à orientação sexual das pessoas, mas sim um conjunto de medidas baseadas no **TRINÔMIO** que rege a *Política Nacional de Coleta e Transfusão de Sangue no Brasil*, a partir do § 4º do artigo 199 da Constituição Federal, da Lei 10.205, de 21 de março de 2001, e do Decreto 3.990, de 30 de outubro de 2001 - que, repita-se, nem sequer foram impugnados pelo autor da ação – **proteção à saúde do doador, proteção à saúde do receptor e requisitos essenciais para eventual responsabilização da equipe médica responsável.**

Com base nessas considerações, especialmente em relação aos pontos impugnados, há necessidade de saber se realmente houve

**ADI 5543 / DF**

desrespeito ao princípio da igualdade, ao se exigir o prazo de 12 (doze) meses de abstinência sexual.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo *a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais*, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, uma vez que o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigalam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

A desigualdade nos atos normativos se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Dessa maneira, os tratamentos normativos diferenciados somente serão compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 1, p. 79).

Nesse sentido, concordo plenamente com o ilustre Ministro Relator, EDSON FACHIN, ao salientar a necessidade de diferenciar a *orientação sexual das condutas de risco*.

Mas também é absolutamente essencial realizar a análise necessária para saber se algumas *condutas de risco* estão mais presentes em algumas

**ADI 5543 / DF**

*orientações sexuais*, e, conseqüentemente, se na presente hipótese existirá a “*finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado*” que permita um tratamento diferenciado; ou seja, separar **FATOS** de **PRECONCEITOS**; **ANÁLISE TÉCNICA E ESTATÍSTICA** de **DISCURSOS**.

O Boletim Epidemiológico de AIDS 2016, no Brasil, vem apontando um crescimento da detecção do vírus da AIDS em homens e uma diminuição em mulheres, nos últimos 10 (dez) anos. 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; ou seja, um significativo aumento de 15,9%; enquanto nas mulheres houve redução de 19,6%, ou seja, de 15,8 casos/100.000 habitantes em 2006 para 12,7/100.000 em 2016. Salienta, ainda, que a taxa de detecção da doença, também cresceu proporcionalmente entre homens e mulheres de 2003 para 2008. Em 2003, era de 15 homens para 10 mulheres entre 2003 e 2008, passando de 21 homens para o mesmo número de 10 mulheres em 2015.

Um dos mais respeitados infectologistas do Brasil, atualmente Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, Dr. DAVID UIP, aponta, em detalhado estudo, que

“a relação anal passiva, quando praticada sem preservativo, é a que mais apresenta risco, na proporção de uma transmissão a cada 72 ações sexuais. Em seguida, vem a relação anal ativa, com uma transmissão a cada 900 ações. Já a pênis/vaginal apresenta risco de uma transmissão a cada 2.500 ações sexuais, enquanto na relação ativa o índice é a metade disso. Na relação pênis/oral, seja ativa ou passiva, o risco é de zero a quatro transmissões por 10.000 ações”.

Esses dados são completados segundo respeitável pesquisa publicada em 2015 por grupo da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo, a partir da análise do Hemocentro de Ribeirão Preto/SP, entre os HSHs (sigla que representa “Homens que fazem sexo com homens”) houve um número 450 (quatrocentos e cinquenta) vezes superior aos demais doadores de sangue na detecção do vírus HIV; ou

**ADI 5543 / DF**

seja, 15,4% dos HSHs que doaram sangue possuíam o vírus HIV (somente 45,8% deles tinham essa ciência); enquanto, nos demais doadores de sangue, o índice é inferior a 0,03%.

Dessa maneira, as previsões do artigo 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o artigo 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, diversamente do apontado na petição inicial, não pretendem discriminar a orientação sexual de HSHs (Homens que fazem sexo com homens), mas sim, a partir de critérios absolutamente técnicos, evitar maiores riscos de contaminação aos receptores do sangue doado, que também têm efetivo direito à proteção e à sua dignidade humana, 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.

Ressalte-se, novamente, que restrições também ocorrem em relação a eventuais doadores com câncer e hepatite, ou para quem viajou para áreas de malária, por exemplo.

O *discrímen* não é a orientação sexual, mas sim, como em todas as demais hipóteses, são critérios técnicos sobre condutas de maior risco de contaminação pela transfusão de sangue.

Nesse sentido, importante Resolução 5, de 2008, do Conselho Europeu, ao declarar que:

“os serviços de hemoterapia são, em última análise, os responsáveis pela qualidade e pela segurança do sangue e de seus componentes coletados; em especial, os serviços de hemoterapia devem: 4.1. responsabilizar-se pela aceitação ou recusa de doadores com base na avaliação de risco baseado em dados epidemiológicos atualizados, tendo em mente o direito do receptor à proteção de sua saúde e a consequente obrigação de minimizar o risco de transmissão de doenças infecciosas. Esses direitos e obrigações sobrepõem-se a quaisquer outras

**ADI 5543 / DF**

considerações, inclusive a vontade individual de doar sangue”.

Importante, porém, retornarmos nesse momento ao TRINÔMIO que rege a Política Nacional de Coleta e Transfusão de Sangue: PROTEÇÃO AO DOADOR, PROTEÇÃO AO RECEPTOR e RESPONSABILIZAÇÃO DAS AUTORIDADES MÉDICAS, cujas várias decisões judiciais já determinaram condenações por contaminações de pacientes em virtude de transfusão de sangue.

Em que pese entender que as previsões do artigo 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e o artigo 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA não são discriminatórias, pois baseadas em estudos técnico-científicos, inclusive de direito comparado, com a finalidade de PROTEÇÃO AO TRINÔMIO DA POLÍTICA DE COLETA E TRANSFUSÃO DE SANGUE NO BRASIL (artigos 3º, I; 14, VI, VII e 16, IV da Lei nº 10.205/2001 e artigo 2º, incisos VI, VII e VIII, do Decreto 39.090/01), pois busca garantir o direito do **DOADOR HSHs** (homens que fazem sexo com homens) em doar sangue – apesar da restrição de abstinência sexual por 12 meses –, do **RECEPTOR**, em receber o sangue de melhor qualidade possível para a proteção de sua saúde e do **RESPONSÁVEL PELA ÁREA DE SAÚDE**, com a obrigação de minimizar o risco de transmissão de doenças infecciosas pela transfusão sanguínea e, conseqüentemente, afastar eventual responsabilização profissional e judicial, entendo possível uma melhor e mais razoável interpretação desses direitos, a partir do § 4º do artigo 199 da Constituição Federal e, com base no artigos 3º, I e 14, inciso XII, da Lei 10.205/01, que permitem ao Poder Público, a partir de Normas Técnicas ou regulamentos do Ministério da Saúde, disciplinar a captação, triagem clínica, laboratorial, sorológica e imunoematológica do doador e do receptor, bem como sua identificação (inciso I, art. 3º) e tem a obrigatoriedade de testagem individualizada de cada amostra ou unidade de sangue coletado, sendo proibida a testagem por amostragem ou unidades de sangue em conjunto (inciso XII, art. 14); garantindo aos órgãos de vigilância sanitária e epidemiologia e laboratórios oficiais a

**ADI 5543 / DF**

garantia na fiscalização da qualidade do sangue a ser transfundido nos pacientes (inciso XVI, art. 16).

Nas hipóteses tratadas no artigo 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e no artigo 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, em virtude da denominada “*janela sorológica*” ou “*janela imunológica*”, período em que os testes sorológicos são incapazes de detectar a contaminação do sangue em todos os casos, após a necessária triagem e questionário individual realizado em todos os casos, o material coletado será devidamente identificado e somente será submetido aos necessários testes sorológicos após o período de “*janela sorológica*” definido como necessário pelos órgãos competentes, no sentido de afastar qualquer possibilidade de eventual contaminação.

Dessa maneira, o **DOADOR HSHs** (homens que fazem sexo com homens) poderá livremente exercer seu direito de doar, sem qualquer diferenciação, seja em virtude de sua orientação sexual, seja em virtude de seu comportamento de risco, o **RECEPTOR** terá acesso à melhor qualidade possível de sangue para a proteção de sua saúde e os **RESPONSÁVEIS PELA ÁREA DE SAÚDE** estarão sujeitos a regras específicas que, devidamente observadas, minimizarão o risco de transmissão de doenças infecciosas pela transfusão sanguínea e, consequentemente, afastarão eventual responsabilização profissional e judicial.

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 64 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde; e, com base na interpretação conforme à Constituição, com redução de texto, no tocante à alínea 'd' do inciso XXX do artigo 25 da Resolução da Diretoria Colegiada 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, excluir a seguinte expressão: “e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco”, prevalecendo o entendimento de que o material coletado

**ADI 5543 / DF**

será devidamente identificado e somente será submetido aos necessários testes sorológicos após o período de “*janela sorológica*” definido como necessário pelos órgãos competentes.

É o voto.

11/05/2020

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO-VISTA**

**O Senhor Ministro Gilmar Mendes:**

**1. RETROSPECTIVA DO CASO**

Presidente, diante do transcurso do tempo desde a última assentada em que este feito foi apregoadado, faço, inicialmente, um breve resumo do estado atual do caso.

Trata-se, em síntese, de arguição de inconstitucionalidade de dois atos normativos (Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da ANVISA) que estabelecem inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo para realizar doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes ao fato. Eis as normas impugnadas:

**Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde**

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

(...)

IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes”.

**Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da ANVISA**

“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

**ADI 5543 / DF**

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”.

O proponente da ação, o Partido Socialista Brasileiro (PSB), sustenta que os dispositivos questionados violam, a um só tempo: (i) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB); (ii) o direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput, CRFB); (iii) o objetivo fundamental republicano de promover o bem de todos sem preconceitos ou formas de discriminação (art. 3º, IV, CRFB); e (iv) o princípio constitucional da proporcionalidade. Defende que os atos impugnados estigmatizam pessoas sem que haja qualquer modo de agir que justifique a previsão normativa, visto inexistir conduta praticada exclusivamente por homens homossexuais apta a prever a diferenciação.

Na Sessão de julgamento de 19.10.2017, após as sustentações orais, o relator do feito, Min. Edson Fachin, julgou a demanda procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados. Na sessão seguinte, o Ministro Alexandre de Moraes divergiu do Relator para julgar o pedido parcialmente procedente, a fim de dar interpretação conforme a Constituição. Após, os Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux acompanharam o relator e, então, decidi antecipar pedido de vista para melhor examinar essa questão tão sensível quanto controversa.

Na conjuntura atual, portanto, há duas propostas de teses em discussão relativamente ao tema. A proposta do Min. Edson Fachin, que foi acompanhada pelos Ministros Barroso, Rosa e Fux, defende, em

**ADI 5543 / DF**

síntese, o seguinte:

“(…) 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 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;

e) 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;

f) afrontam a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis 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”.

Por outro lado, o Ministro Alexandre de Moraes propõe solução alternativa, segundo a qual:

“Nas hipóteses tratadas no artigo 64, IV, da Portaria

**ADI 5543 / DF**

158/2016 do Ministério da Saúde, e o artigo 25, XXX, 'd', da Resolução da Diretoria Colegiada RDC 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA, em virtude da denominada *janela sorológica* ou *janela imunológica*, período em que os testes sorológicos são incapazes de detectar a contaminação do sangue em todos os casos; após a necessária triagem e questionário individual realizado em todos os casos, o material coletado será devidamente identificado e **somente será submetido aos necessários testes sorológicos após o período de janela sorológica definido como necessário pelos órgãos competentes, no sentido de afastar qualquer possibilidade de eventual contaminação.**

Dessa maneira, o **DOADOR HSHs** (homens que fazem sexo com homens) poderá livremente exercer seu direito de doar, sem qualquer diferenciação em virtude, seja de sua orientação sexual, seja em virtude de seu comportamento de risco, o **RECEPTOR** terá acesso a melhor qualidade possível de sangue para a proteção de sua saúde e os **RESPONSÁVEL PELA ÁREA DE SAÚDE**, estarão sujeitos a regras específicas que, devidamente observadas, minimizarão o risco de transmissão de doenças infecciosas pela transfusão sanguínea e, conseqüentemente, afastarão eventual responsabilização profissional e judicial”.

Feito esse relatório inicial, passo às considerações do meu voto.

## **2. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS PROIBITIVAS DA DISCRIMINAÇÃO ODIOSA**

Anote-se que existem diversas normas constitucionais e internacionais que proíbem qualquer tipo de discriminação odiosa.

Com efeito, além do art. 3º, IV, que veda todas as formas de discriminação inferiorizantes, tem-se o direito fundamental à igualdade, estabelecido pelo art. 5º, *caput*, da CF/88, e o próprio valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), que demanda o respeito à

**ADI 5543 / DF**

autonomia privada e às legítimas opções das pessoas sobre suas escolhas existenciais.

Além disso, diversas convenções internacionais das quais o Brasil é signatário possuem previsões semelhantes:

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

“Artigo I

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, **sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”**.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos.

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”**.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

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**

**ADI 5543 / DF**

**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”.**

**PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA**

**“Princípio 1 – DIREITO AO GOZO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS** Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. **Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos. [...]**

**Princípio 2 – 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. A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivos ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e *status* econômico”.

As referidas normas demonstram o profundo compromisso das normas internacionais e constitucionais com a igualdade (SARMENTO, Daniel. *A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro*:

**ADI 5543 / DF**

Discriminação 'De Facto', Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141; CARDINALI, Daniel Carvalho. **A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões**. Revista Publicum. Rio de Janeiro. V. 3. n. 1. 2017. p. 158).

Com base nesses dispositivos, permite-se concluir pela existência de um dever estatal de adoção de políticas de combate às desigualdades e à discriminação, inclusive no que se refere aos padrões culturais, sociais e econômicos que produzem essa situação (CARDINALI, Daniel Carvalho. **A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões**. Revista Publicum. Rio de Janeiro. V. 3. n. 1. 2017. p. 166).

Tal conclusão está assentada no fato de que os direitos fundamentais possuem não apenas uma dimensão subjetiva, atributiva de direitos fundamentais aos indivíduos, mas também uma concepção objetiva, enquanto conjunto de valores que deve nortear a atuação do Estado em todas as suas esferas.

Outrossim, deve-se vislumbrar a igualdade não apenas em sua dimensão negativa, de proibição da discriminação, mas também sob uma perspectiva positiva, de modo a promover a inclusão de grupos estigmatizados e marginalizados (CARDINALI, Daniel Carvalho. **A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões**. Revista Publicum. Rio de Janeiro. V. 3. n. 1. 2017. p. 166).

Destaque-se que diversos casos e exemplos de ataques sistematizados de violência contra as minorias integrantes da comunidade LGBT foram trazidos durante o julgamento da ADO 26, no qual esta Corte decidiu pela criminalização da homofobia no tipo penal de racismo, até a promulgação de legislação adequada pelo Congresso Nacional.

Nesse precedente, assentei que os os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção

**ADI 5543 / DF**

(*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).

Anote-se que a proteção adequada ou os imperativos de tutela do direito fundamental à igualdade e à não discriminação não devem se basear apenas na tutela penal, tradicionalmente compreendida como *ultima ratio* e incidente apenas após a lesão ou grave perigo de lesão a bens jurídicos fundamentais. Em outros termos, o dever estatal de promoção de políticas públicas de igualdade e não discriminação impõe a adoção de um amplo conjunto de medidas, inclusive educativas, orientativas e preventivas, como a discussão e conscientização sobre as diferentes concepções de gênero e sexualidade.

É nesse contexto normativo de dever estatal de combate a todas as formas de discriminação odiosa que devemos analisar a constitucionalidade da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e da Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da ANVISA, que estabelecem inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo para realizar doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes ao fato.

**3. A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A TEMÁTICA LGBT**

Esta Corte já teve a oportunidade de julgar casos em que reconheceu a inconstitucionalidade de termos discriminatórios, em razão da orientação sexual do destinatário da norma. Nesse sentido, registro que, ao julgar a ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade das expressões “*pederastia ou outro*” e “*homossexual ou não*” constantes do art. 235 do Código Penal Militar. Ao examinar o caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que criminalizar atos libidinosos praticados em ambientes castrenses justifica-se para a

**ADI 5543 / DF**

proteção da hierarquia e da disciplina militar. Contudo, não se pode admitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, em virtude do reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Eis a ementa desse julgado:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE “PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM”. NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões ‘pederastia ou outro’ e ‘homossexual ou não’, contidas, respectivamente, no nomen iuris e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. 2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. 3. Pedido julgado parcialmente procedente” (ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 11.5.2016).

Após essa decisão, a prática de ato libidinoso em ambiente castrense continua tipificada pelo Código Penal Militar, entretanto expressões discriminatórias foram eliminadas do tipo penal, de modo que restou claro que a conduta não deve ser punida em razão da orientação sexual do autor, mas diante do desvio comportamental em ambiente de trabalho. Assim, embora essa decisão não tenha alterado o âmbito de incidência da norma penal incriminadora, uma vez que as mesmas condutas continuaram sendo consideradas crime, o precedente teve o condão de assentar a impossibilidade do emprego de termos discriminatórios em

**ADI 5543 / DF**

atos normativos.

Consigno, também, o notório caso das uniões homoafetivas, em que esta Corte conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, para excluir desse dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. O acórdão desse julgado restou assim ementado:

“1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir ‘interpretação conforme à Constituição’ ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta

**ADI 5543 / DF**

Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual ‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO ‘FAMÍLIA’ NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUcionista. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se

**ADI 5543 / DF**

desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE 'ENTIDADE FAMILIAR' E 'FAMÍLIA'. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia 'entidade familiar', não pretendeu diferenciá-la da 'família'. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado 'entidade familiar' como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito

**ADI 5543 / DF**

ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem 'do regime e dos princípios por ela adotados', verbis: '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'. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe

**ADI 5543 / DF**14.10.2011)”.  

Outro precedente bastante relevante foi o da criminalização da homofobia e da transfobia. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Rel. Min. Celso de Mello, e o Mandado de Injunção 4.733, Rel. Min. Edson Fachin, decidiu que, até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei de Racismo (Lei nº 7.716, de 8.1.1989), constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I).

Ao julgar o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 670.422, relativamente à possibilidade de alteração do registro civil por pessoa transgênero, o STF fixou tese segundo a qual *“O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa”*. Essa tese ratificou a orientação fixada inicialmente por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Eis a ementa deste acórdão:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME,

**ADI 5543 / DF**

AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente”.

Há, ainda, outros precedentes relevantes sobre a temática LGBT, como a decisão de interpretação conforme proferida na ADI 5.971, Rel. Min. Alexandre de Moraes, acerca de lei distrital que restringiu a aplicação de políticas públicas por ela previstas exclusivamente a famílias formadas por homem e mulher. Nesse feito, a Corte decidiu que a instituição de diretrizes para implantação de política pública de valorização da família no Distrito Federal deveria levar em consideração também aquelas entidades familiares formadas por união homoafetiva.

Consigno, também, que o Min. Luís Roberto Barroso, ao apreciar medida cautelar na ADPF 527, determinou que mulheres transexuais e transgênero que estão cumprindo pena em presídios masculinos sejam transferidas para presídios femininos.

Finalmente, registro que, enquanto relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 467, deferi medida cautelar para suspender uma lei de Ipatinga-MG que exclui da política municipal de educação referências a diversidade de gênero e orientação sexual na

**ADI 5543 / DF**

rede pública de ensino. Na ocasião, relembrei fatos tristes que marcaram nossa história, como a apreensões de livros na Alemanha nazista e também a censura e patrulha ideológicas.

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. Foi preciso que esta Corte interviesse para garantir direitos básicos que qualquer um de nós pode exercer sem óbices.

**4. A DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS HOMENS NO DIREITO COMPARADO**

No caso sob exame, estamos a analisar a constitucionalidade de dois atos normativos (Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da ANVISA) que estabelecem inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo de realizar doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes ao fato.

Essas medidas decorrem de política de proteção cujo escopo é evitar a contaminação dos bancos de sangue para transfusão. Nesse contexto, impende registrar que, no direito comparado, a resposta dada pelos diversos países quanto à possibilidade de doação de sangue por homens que têm relação sexual com outros homens envolve a adoção de uma das três hipóteses seguintes: 1) possibilidade de doação, independentemente de orientação sexual; 2) exclusão definitiva de homens que praticaram sexo com outros homens; e 3) exclusão temporária por orientação sexual.

África do Sul, Argentina, Colômbia, Chile, Espanha, Itália, México e Portugal integram o bloco de países onde a exclusão do sistema é feita com base na ideia de comportamentos de risco, e não de grupo de risco. Em Portugal, por exemplo, a Direção Geral de Saúde permite que pessoas que tenham uma relação monogâmica estável há pelo menos seis meses, independentemente da orientação sexual, possam doar sangue.

**ADI 5543 / DF**

A segunda hipótese – vedação total à doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens – é adotada atualmente por países como China, Índia, Filipinas, Suíça, Turquia e Venezuela. Registre-se que essas normas de interdição absoluta à doação de sangue datam, em geral, de mais de três décadas, remontando a período em que o HIV ainda era pouco conhecido e a associação entre AIDS e homens gays era constante.

No entanto, o contexto atual já é outro, com mais informação e desenvolvimento tecnológico. Não é por outro motivo que nações como Estados Unidos e França, que também adotavam a política da vedação permanente, evoluíram em sua concepção. Ambos os países passaram a impor restrição temporária – pelo período de 12 (doze) meses – como condição para doação de sangue por homens que praticaram sexo com outros homens.

Recentemente, no dia 17 de julho de 2019, A Ministra da Saúde francesa anunciou outra redução – para quatro meses – do intervalo de inabilitação para doação de sangue por homem que pratica sexo com outro homem. 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.

Outros Estados que também adotam restrição temporária são Austrália, Canadá, Reino Unido e Japão. A maioria desses países estabelece o período de restrição de um ano, mas há exemplos de lapsos temporais mais curtos (seis meses no Japão) e mais longos (cinco anos no Canadá). Todos esses países inserem-se na terceira hipótese de política: exclusão temporária por orientação sexual.

O Brasil está igualmente nesse grupo intermediário de países que não vedam absolutamente a doação de sangue por homens que praticam sexo com outros homens, porém impõem período de abstinência para a

**ADI 5543 / DF**

habilitação do possível doador.

Esse é o atual quadro do Estado brasileiro relativamente a outros países.

**5. ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS FORAM EDITADOS COM BOA-FÉ, MAS VIOLAM A PROPORCIONALIDADE**

**Ao analisar os atos normativos ora impugnados, não me parece que tenham pretendido estabelecer discriminação em relação aos homens homossexuais/bissexuais e as parceiras sexuais destes. Na realidade, focou-se no direito ao receptor do sangue doado de receber material biológico livre de contaminação.**

É preciso reconhecer que os atos questionados justificam a vedação da doação de sangue por homossexuais em estudos epidemiológicos, segundo os quais a incidência de doenças sexualmente transmissíveis nesse grupo de pessoas é muito superior em relação aos heterossexuais. **A mim me parece, portanto, que a boa-fé das normas é manifesta.**

Contudo, no contexto atual de defesa difusa do respeito à pluralidade, as eventuais práticas discriminatórias existentes são veladas. Mais do que isso, aliás. Muitas vezes o autor do ato discriminatório sequer tem ciência da conduta inferiorizante. Nessa seara, a jurisdição constitucional tem as funções simbólica e pedagógica de fazer cessar preconceitos.

Ao ponderar os interesses envolvidos, as normas optaram por restringir temporariamente a doação de sangue por homens homossexuais/bissexuais e as parceiras sexuais destes. Ocorre que a referida vedação, como se viu, acabou por obstaculizar a doação de sangue por um grupo de pessoas considerado de maior risco.

A meu ver, o risco elevado de os homens homossexuais/bissexuais contraírem doenças sexualmente transmissíveis decorre não do fato de serem homossexuais/bissexuais, mas de praticarem, em regra, certas condutas com maior perigo de infecção, como o sexo anal. Ocorre que essa conduta não é restrita aos homens homossexuais, sendo também

**ADI 5543 / DF**

praticada indistintamente por casais heterossexuais. Assim, seria possível às normas – como fizeram nos demais incisos – focar em comportamento de risco, e não em grupo de risco.

Observo que a sistemática delineada pelas normas brasileiras acaba por classificar gays e bissexuais como *“grupo de risco”*, embora esse conceito seja, como se sabe, retrógrado e ultrapassado. Presume-se que certas pessoas estariam sempre em situação de risco acrescida ou em comportamento de risco, em vez de levarem-se em conta práticas sexuais concretas.

Registre-se que as normas não empregam o termo *“grupo de risco”*, entretanto a descrição da conduta de manter relações sexuais com outro homem não indica um efetivo *“comportamento de risco”*, mas sim um sujeito específico, que seria mais propenso a contrair o vírus HIV e doar sangue contaminado.

De mais a mais, é de questionar-se a proporcionalidade da medida restritiva. Como assentado no Parecer da Procuradoria-Geral da República:

*“(…) Os dispositivos nem mencionam o uso de preservativo em relações sexuais como critério de seleção de doadores de sangue, método com maior eficácia para evitar contágio de AIDS e demais DSTs. 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 uso de preservativos. 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. 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.*

Ao tempo em que veiculam proteção deficiente para 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 utilização de

**ADI 5543 / DF**

preservativo –, as normas são extremamente restritivas no que se refere à doação por homens gays ou bissexuais, pois lhes impõem condição desproporcional e irrazoável (completa abstinência sexual por 12 meses), a qual equivale a vedação peremptória para doar sangue”.

É nítida, portanto, a discriminação cometida pela Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e pela Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da ANVISA.

A orientação sexual e afetiva há de ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação. Portanto, entendo, com base nos princípios da igualdade, da liberdade, de autodesenvolvimento e da não discriminação por razão de orientação sexual, que esta Corte tem um dever de proteção em relação às minorias discriminadas.

Feitas essas considerações, observo que o inciso IV do art. 64 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde é efetivamente discriminatório. Com efeito, a norma torna inapto à doação de sangue um grupo de pessoas considerado de maior risco de contaminação de doenças sexualmente transmissíveis, sem levar em consideração as condutas efetivamente praticadas. O referido dispositivo destoa dos demais incisos do mesmo artigo, na medida em que os outros casos de inaptidão temporária à doação de sangue levam em consideração comportamentos de risco concreto, como a prática de sexo em troca de dinheiro ou drogas (inciso I), a relação sexual com parceiros ocasionais ou desconhecidos (inciso II) e a realização de *piercing*, tatuagem ou maquiagem definitiva (inciso VII).

Incide na mesma discriminação a alínea “d” do inciso XXX do art. 25 da Resolução 34/2014 da ANVISA.

Eis a transcrição integral das normas:

**Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde**

**ADI 5543 / DF**

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

I – que tenha feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais;

II – que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;

III – que tenha sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais;

IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;

V – que tenha tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea;

VI – que tenha vivido situação de encarceramento ou de confinamento obrigatório não domiciliar superior a 72 (setenta e duas) horas, durante os últimos 12 (doze) meses, ou os parceiros sexuais dessas pessoas;

VII – que tenha feito “piercing”, tatuagem ou maquiagem definitiva, sem condições de avaliação quanto à segurança do procedimento realizado;

VIII – que seja parceiro sexual de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de componentes sanguíneos ou derivados; e

IX – que teve acidente com material biológico e em consequência apresentou contato de mucosa e/ou pele não íntegra com o referido material biológico”.

**Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da ANVISA**

“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

**ADI 5543 / DF**

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:

a) indivíduos que tenham feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais;

b) indivíduos que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;

c) indivíduos que tenham sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais;

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

e) indivíduos que tenham tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea ou as parceiras sexuais destes;

f) indivíduos que sejam parceiros sexuais de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de hemocomponentes ou hemoderivados (transplantes); e

g) indivíduos que possuam histórico de encarceramento ou de confinamento obrigatório não domiciliar superior a 72 (setenta e duas) horas, ou seus parceiros sexuais”.

Diante desse quadro de reconhecimento da discriminação, resta saber se a opção normativa brasileira de exigir período de abstinência de doze meses, unicamente em relação a atos sexuais praticados por homens com outros homens, tem guarida constitucional. Em outros termos, as normas questionadas são compatíveis com a Constituição de 1988, especialmente com os princípios da não discriminação e da proporcionalidade?

Entendo que não, por diversas razões.

**ADI 5543 / DF**

Em primeiro lugar, registro que estamos a julgar caso cujos efeitos da decisão são bastante simbólicos e pedagógicos. Isso porque é preciso reconhecer que a própria efetividade das normas ora impugnadas é questionável, na medida em que a condição de homossexual/bissexual dos potenciais doadores é aferível por meio de autodeclaração, de modo que um homem que omite a prática de relação sexual com outro homem nos últimos doze meses estará apto a se submeter ao teste sanguíneo e efetuar doação.

Além disso, como já antecipei, **o tratamento normativo é absolutamente distinto entre homens que praticam sexo com outros homens e homens que praticam sexo com mulheres, ainda que o comportamento desses últimos possa ser considerado de maior risco.** Com efeito, em relação aos homens que praticam sexo com outros homens, **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.

Muito se discutiu, durante as sustentações orais, sobre o risco epidemiológico de se permitirem doações de sangue por homens que fazem sexo com outros homens. Trata-se de questão estatística, segundo foi defendido. Contudo, embora seja preciso reconhecer a boa-fé das normas impugnadas, não se pode ter a ingenuidade de acreditar que condutas discriminatórias são assumidas ostensivamente. Ao contrário, apresentam-se justificativas em prol da defesa de um bem maior.

É bastante oportuno, no ponto, lembrar célebre discurso da jurista americana Phyllis Schlafly, dirigido ao grupo de eleitores conservadores, no contexto da eleição presidencial de Ronald Regan, em que critica diversas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos:

“Foi a Suprema Corte quem aboliu a oração e os dez mandamentos em escolas públicas. Foram decisões da Suprema Corte que forçaram a integração racial entre as crianças nos

**ADI 5543 / DF**

ônibus escolares que as transportavam para o outro lado da cidade, para escolas que seus pais não escolheram. Foram decisões da Suprema Corte que liberaram a pornografia que invadiu nossas bancas de revistas e televisores. Foram decisões da Suprema Corte que aboliram a pena de morte desencorajante do crime. E, claro, foi uma decisão da Suprema Corte que trouxe este trágico mal do nosso tempo; foi uma decisão da Suprema Corte de 1973 que inventou esse novo direito de uma mulher matar seu bebê não nascido”

Como se percebe, as decisões atacadas teriam impedido o ensino religioso, dificultado o acesso à educação, potencializado a pornografia, encorajado o crime e permitido que mulheres matem os seus bebês. Contudo, trata-se de uma série de precedentes judiciais em que a Suprema Corte dos Estados Unidos efetivou direitos fundamentais ligados à laicidade estatal, à proibição de segregação racial, à liberdade de expressão, à vedação de penas de caráter cruel e ao direito à autodeterminação das mulheres.

No caso sob exame, a discriminação legal se justifica em estatísticas segundo as quais homens homossexuais e bissexuais estão mais propensos à contaminação por doenças sexualmente transmissíveis. Assim, foca-se nesse grupo considerado de risco, para inabilitá-lo à doação de sangue pelo período de 12 meses.

Ocorre que estatísticas não podem ser invocadas para justificar o absurdo. Ilustrativamente, o Boletim Epidemiológico HIV/AIDS 2018 registra que, desde 2015, a taxa de contaminação de homens, independentemente de orientação sexual, é superior ao dobro da taxa de contaminação das mulheres. Nesse contexto, se levarmos em consideração unicamente esse dado científico, seria possível afirmar que a doação de sangue por mulheres é muito mais segura do que a doação de sangue feita por homens. Todavia, isso justifica que ato normativo restrinja a possibilidade de doação apenas às mulheres? Ainda que a medida seja adequada e necessária para preservar a saúde dos bancos de sangue, seria ela proporcional? Haveria uma correlação entre as

**ADI 5543 / DF**

intensidades da limitação imposta e a tutela ao bem jurídico pretendida? Creio que não!

Dados científicos constantes desse mesmo relatório (página 31) também indicam que a incidência de casos de HIV tem aumentado significativamente em relação à população idosa. Esse dado autorizaria excluir essa parcela da população dos potenciais doadores?

Essas são apenas algumas das indagações que podem ser feitas para provocar a nossa reflexão. Mas o que merece mais atenção na norma impugnada é o fato de tratar de maneira absolutamente distintas homens, conforme eles pratiquem sexo com outros homens ou com mulheres. Os primeiros são inaptos à doação de sangue, ainda que adotem medidas de precaução, como o uso de preservativos, enquanto os últimos têm uma presunção de habilitação, ainda que adotem comportamentos de risco, como fazer sexo anal sem proteção.

O resultado dessa metodologia conduz a que homens que praticam sexo com outros homens só podem doar sangue se aceitarem uma restrição quase proibitiva do exercício de sua sexualidade para garantir a segurança dos bancos de sangue e de eventuais receptores.

Ante todo o exposto, reconheço a inconstitucionalidade material dos atos normativos impugnados, por violar, ainda que de maneira não intencional, o objetivo constitucional da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Finalmente, não vislumbro que a declaração de inconstitucionalidade das normas impugnadas aumentará significativamente o risco de contaminação, em virtude da possibilidade de transfusão de sangue por homens que praticam sexo com outros homens. Por outro lado, essa decisão orientará a formulação de políticas públicas, de modo a fazê-la recair sobre comportamentos de risco – e não grupos de risco.

Assim, a um só tempo, a norma será mais eficiente e também evitará a perpetuação de preconceitos históricos e sistemáticos em relação a uma comunidade já tão estigmatizada.

**ADI 5543 / DF**

Finalmente, registre-se que essa discussão se faz bastante atual no contexto de excepcionalismo decorrente da crise sanitária do Covid-19. Isso porque a anulação de impedimentos inconstitucionais tem o potencial de salvar vidas, sobretudo numa época em que as doações de sangue caíram e os hospitais enfrentam escassez crítica, à medida que as pessoas ficam em casa e as pulsações são canceladas por causa da pandemia de coronavírus.

**6. DISPOSITIVO – JULGAR A DEMANDA PROCEDENTE COM RESSALVAS DA BOA-FÉ DO LEGISLADOR E A POSSIBILIDADE DE REDEFINIÇÃO DA POLÍTICA, COM ÊNFASE EM COMPORTAMENTO DE RISCO**

Dito isso, considero que a norma seria constitucional se, por exemplo, tornasse inaptas à doação de sangue, pelo período de 12 meses, todas as pessoas que praticam certo comportamento, independentemente de suas orientações sexuais. Faço aqui uma espécie de apelo ao legislador, para que, em suas decisões políticas, pondere sobre a necessidade de ênfase em comportamentos de risco, em vez de grupos de risco.

A mim me parece que as normas impugnadas seriam consideradas constitucionais caso, onde se lê *“homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes”*, fosse possível ler *“pessoas que tiveram relação sexual anal com outras pessoas”* ou *“pessoas que fizeram sexo sem proteção”*. Contudo, não compete à jurisdição constitucional reconfigurar completamente a política pública estabelecida, notadamente porque essa interpretação ampliaria a vedação estabelecida pela norma e esbarraria nos limites da Justiça Constitucional enquanto legislador negativo.

Ante todo o exposto, diante do dever de proteção das minorias que exerce a jurisdição constitucional, julgo procedente a ação, com as ressalvas lançadas para que o legislador possa redefinir a política pública, com ênfase em comportamento de risco.

É como voto.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

|                       |  |
|-----------------------|--|
| <b>RELATOR</b>        | <b>: MIN. EDSON FACHIN</b>   |
| <b>REQTE.(S)</b>      | <b>:PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(A/S)</b>                                      |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>  |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>:AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA</b>                                    |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:PROCURADOR-GERAL FEDERAL</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM</b>                                  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:MARIA BERENICE DIAS</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RONNER BOTELHO SOARES</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS</b>                    |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL</b>                                     |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:GUSTAVO JOSE MENDES TEPEDINO E OUTRO(A/S)</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>  |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA</b>  |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS - ABRAFH</b>                              |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:LÍVIA DORNELAS RESENDE E OUTRO(A/S)</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO</b>                       |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT</b> |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>:CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CADIR- UNB</b>                 |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:CEZAR BRITTO</b>   |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>:MARLUCE MACIEL BRITTO ARAGAO E</b>   |

**ADI 5543 / DF**

|                    |   |
|--------------------|---|
|                    | OUTRO(A/S)  |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA, DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA UFPR |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UFPR   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E OUTRO(A/S)  |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ILTON NORBERTO ROBL FILHO E OUTRO(A/S)   |

**V O T O**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tem-se ação direta de inconstitucionalidade ajuizada, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, em face dos artigos 64, inciso IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a regulamentarem limitação imposta à doação de sangue a cidadãos do sexo masculino que tenham mantido relação sexual com pessoa do mesmo gênero nos doze meses anteriores.

O autor articula com a inobservância aos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, e 5º, cabeça, da Constituição Federal, bem assim ao princípio da proporcionalidade. Sustenta revelar a medida prática discriminatória injustificada, no que imposta a certo grupo restrição em virtude da orientação sexual. Diz não haver comportamento de risco inerente às relações envolvendo homens homossexuais a implicar o tratamento anti-isonômico previsto nos atos normativos atacados. Alega ser desproporcional a providência adotada, tendo em vista a possibilidade de

**ADI 5543 / DF**

proteção dos bancos de sangue mediante precauções diversas da utilização do formulário em jogo.

O tema é de singular relevância. Cumpre definir, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da não discriminação, a constitucionalidade da medida, voltada à proteção da saúde pública.

A norma impugnada é autônoma, no que inova no ordenamento jurídico ao criar obrigação não versada em lei. Está atendido o requisito de abstração, necessário a ter-se como adequada a ação direta.

Ao limitar temporalmente a doação de sangue por homens homossexuais, em razão da prática sexual, a providência questionada integra conjunto maior de cautelas adotadas pelo Estado brasileiro com o objetivo de resguardar a saúde pública e, alfim, a integridade do receptor. O Poder Público, diante de dados concretos a evidenciarem risco revelado ante determinadas condutas, possui o dever constitucional de implementar políticas protetivas.

Tem-se presente, nas restrições versadas na Portaria nº 158/2016, preocupação das autoridades sanitárias no sentido de evitar possível contaminação do sangue coletado. A inaptidão temporal não é exclusiva à população masculina homossexual, sendo observada também quanto a cidadãos que se envolvam com prostituição, hajam feito tatuagem ou *piercing* em situações de risco, ou possuam parceiros sexuais diversos, ocasionais, desconhecidos ou que tenham contraído doenças sexualmente transmissíveis, dentro do mesmo período de doze meses.

O ato normativo prevê, ainda, no artigo 53, § 2º, limitações aplicáveis a indivíduos oriundos de regiões, nacionais ou internacionais, onde haja endemias ou epidemias confirmadas de doenças infecciosas, os quais devem observar o lapso de trinta dias para doarem sangue.

Descabe partir da óptica do preconceito quando em jogo a saúde pública. Caso contrário, corre-se o risco de inviabilizar a segurança do próprio sistema de coleta de sangue, uma vez impedida a realização de triagem prévia visando a identificação de quadros nos quais o risco extrapola o razoável.

**ADI 5543 / DF**

Nem mesmo a necessidade de maximizar a doação, embora essencial à concretização do Estado Social de Direito, pode ser conduzida com atropelo dos requisitos mínimos de segurança, sob pena de esvaziar-se, por via transversa, o próprio conteúdo do direito fundamental à saúde.

Não há, nesse campo – da saúde –, como potencializar a óptica 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.

Mostrando-se a limitação viável, cumpre analisar a providência.

Dados fornecidos pelo Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS – UNAIDS, disponível no sítio <http://unaids.org.br/estatisticas>, demonstram o efetivo risco a envolver as pessoas do sexo masculino que mantenham relações sexuais com indivíduos do mesmo gênero.

O quadro brasileiro não destoa da tendência mundial, no que revelado, na citada estatística, o alto índice de infecção pelo vírus HIV na população homossexual masculina. Corroboram esse entendimento informações apresentadas tanto pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa quanto pelo Ministério da Saúde e pela Advocacia-Geral da União, a sinalizarem não só a sintonia das restrições fixadas com as diretrizes globais a versarem o tema, como também a existência de contexto fático a respaldar a limitação.

Embora o risco na coleta de sangue de homens homossexuais não decorra da orientação sexual, a alta incidência de contaminação observada, quando comparada com a população em geral, fundamenta a cautela implementada pelas autoridades de saúde, com o fim de potencializar a proteção da saúde pública.

Ainda que se possa ter a medida como severa, no que declarado inapto, por doze meses, o candidato enquadrado nas situações previstas nas normas impugnadas, tem-se providência condizente com o bem jurídico maior que se pretende resguardar – a saúde pública.

Divirjo do Relator para julgar improcedente o pedido formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 DISTRITO FEDERAL**

|                       |   |
|-----------------------|---|
| <b>RELATOR</b>        | <b>: MIN. EDSON FACHIN</b>  |
| <b>REQTE.(S)</b>      | <b>: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(A/S)</b>                                      |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>: MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</b>  |
| <b>INTDO.(A/S)</b>    | <b>: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA</b>                                    |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>: PROCURADOR-GERAL FEDERAL</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM</b>                                  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: MARIA BERENICE DIAS</b>  |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: RONNER BOTELHO SOARES</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS</b>                    |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL</b>                                     |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: GUSTAVO JOSE MENDES TEPEDINO E OUTRO(A/S)</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>  |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA</b>  |
| <b>PROC.(A/S)(ES)</b> | <b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS - ABRAFH</b>                              |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: LÍVIA DORNELAS RESENDE E OUTRO(A/S)</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO</b>                       |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI</b>   |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT</b> |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF</b>  |
| <b>AM. CURIAE.</b>    | <b>: CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CADIR- UNB</b>                 |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: CEZAR BRITTO</b>   |
| <b>ADV.(A/S)</b>      | <b>: MARLUCE MACIEL BRITTO ARAGAO E</b>   |

**ADI 5543 / DF**

|                    |   |
|--------------------|---|
|                    | OUTRO(A/S)  |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA, DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA UFPR |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UFPR   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA   |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E OUTRO(A/S)  |
| <b>AM. CURIAE.</b> | :A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP   |
| <b>ADV.(A/S)</b>   | :ILTON NORBERTO ROBL FILHO E OUTRO(A/S)   |

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB contra o art. 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, assim redigidos:

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

[...]

IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes”[...];”

“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:

[...]

**ADI 5543 / DF**

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; [...]"

Nos debates já iniciados em Plenário, enfatizei que, neste caso complexo e delicado, temos valores distintos a ponderar, que são igualmente respeitáveis: a saúde pública de um lado, e o postulado da dignidade humana e o princípio da não discriminação, de outro. Estamos diante da árdua tarefa de sopesar esses interesses igualmente relevantes e válidos.

Parece-me possível, conforme já ressaltado por Ministros que me antecederam, admitir a listagem das condutas de risco que estejam abarcadas pelas normas impugnadas. Neste caso, caberá às autoridades sanitárias apresentar questionário para, ante eventual enquadramento na prática de conduta de risco, aplicar-se a quarentena correspondente, observando-se, assim, o dever de proteção à saúde do receptor.

De toda forma, não me parecem discriminatórias as normas em questão. Eventuais redundâncias constantes da norma são permissíveis pelo fato de que se dirigem a todos os destinatários da Política Nacional de Coleta e Transfusão de Sangue no Brasil, decorrente do disposto no art. 199, § 4º, da Constituição Federal, e instituída pela Lei 10.205/2001: doadores, receptores e equipe médica responsável.

Como bem ressaltado pelo hematologista presidente da Associação Brasileira de Hematologia, Hemoterapia e Terapia Celular (ABHH), Dante Mário Langhi Júnior, em artigo publicado na data de hoje na Folha

**ADI 5543 / DF**

de S. Paulo,

“Segundo pesquisa da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo (Veras *et al*, 2015), a prevalência do vírus HIV entre HSHs em São Paulo foi de 15,4% - cerca de 450 vezes superior à encontrada entre os doadores de sangue, que é inferior a 0,03% (Hemocentro de Ribeirão Preto-SP). Além disso, apenas 45,8% dos HSHs avaliados estavam cientes de sua sorologia positiva.

O Boletim Epidemiológico de Aids (2016) mostrou que, no ano de 2015, 50,4% dos homens tiveram exposição exclusivamente homossexual, bissexual (9%) e heterossexual (36,8%). Entre as mulheres, na mesma faixa etária, 96,4% dos casos se inserem na categoria de exposição heterossexual. A relação homossexual entre mulheres não está associada a risco aumentado de transmissão de agentes infecciosos; por isso, mulheres que praticam sexo com mulheres não sofrem restrição à doação de sangue.

Diante do exposto, depreende-se que a doação de sangue por HSHs pode acarretar risco aumentado de transmissão do HIV (e de outros agentes). Não se trata, portanto, de discriminação por orientação sexual, pois esse grupo pode doar sangue, desde que respeitado o prazo de 12 meses (período que, com segurança, talvez possa ser reduzido) - e também porque homossexuais do sexo feminino não estão sujeitas à inaptidão temporária.” (LANGHI, Dante. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2020/05/esclarecimentos-sobre-o-editorial-sangue-bom.shtml>. Acesso em: 8 de mai. De 2020).

No que tange especificamente à questão da janela imunológica, penso que não cabe a esta Suprema Corte decidir sobre o seu prazo, que deve ser definido pelas autoridades sanitárias.

No meu entender, tal como no quadro em que vivemos de pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid-19), o Supremo Tribunal Federal

**ADI 5543 / DF**

deve adotar uma postura autocontida diante de determinações das autoridades sanitárias quando estas forem embasadas em dados técnicos e científicos devidamente demonstrados. E, ainda, deve guiar-se pelas consequências práticas da decisão, nos termos do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, evitando interferir em políticas públicas cientificamente comprovadas, especialmente quando forem adotadas em outras democracias desenvolvidas ou quando estejam produzindo resultados positivos.

Isso posto, não obstante as abalizadas opiniões de meus pares, que ouvi com muita atenção e interesse, voto pela improcedência do pedido inicial.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. EDSON FACHIN**

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S) : RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO (DF025120/) E  
OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL (00000/DF)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (74024/RS, 74024/RS)

ADV.(A/S) : RONNER BOTELHO SOARES (117094/MG)

AM. CURIAE. : GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E  
TRANSGÊNEROS

ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)

AM. CURIAE. : IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ADV.(A/S) : GUSTAVO JOSE MENDES TEPEDINO (49892/DF, 41245/RJ,  
305517/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS -  
ABRAFH

ADV.(A/S) : LÍVIA DORNELAS RESENDE (0147708/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : GADVS - GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E  
DE GÊNERO

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (0242668/SP)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS,  
TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT

ADV.(A/S) : RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF (0046088/PR)

AM. CURIAE. : CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE  
BRASÍLIA - CADIR- UNB

ADV.(A/S) : CEZAR BRITTO (32147/DF)

ADV.(A/S) : MARLUCE MACIEL BRITTO ARAGAO (DF032148/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : NÚCLEO DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA:  
FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA, DO PROGRAMA DE  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA UFPR

ADV.(A/S) : ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA (22920/PR)

AM. CURIAE. : NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UFPR

ADV.(A/S) : ESTEFANIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA (22920/PR)

AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO (18958/DF, 167075/MG,  
2525/PI) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS -

ANADEP

ADV.(A/S) : ILTON NORBERTO ROBL FILHO (38677/DF, 43824/PR) E  
OUTRO (A/S)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Edson Fachin julgando procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello. Falaram: pelo requerente Partido Socialista Brasileiro - PSB, o Dr. Rafael de Alencar Araripe Carneiro; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, a Dra. Patrícia Gorisch; pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade - pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, o Dr. Rafael dos Santos Kirchhoff; pelo *amicus curiae* IBDCIVIL - Instituto Brasileiro de Direito Civil, a Dra. Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União - DPU, o Dr. Gustavo Zortea da Silva, Defensor Público Federal; pelos *amici curiae* Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília - CADIR-UNB e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Cezar Britto; pelo *amicus curiae* Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, a Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP, o Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas - ABRAFH, a Dra. Marianna Chaves. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.10.2017.

**Decisão:** Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes, divergindo do Relator e julgando parcialmente procedente a ação, para dar interpretação conforme a Constituição, e após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, acompanhando o Relator, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 25.10.2017.

**Decisão:** Chamado o feito a julgamento, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista antecipada dos autos. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.10.2017

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta 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 Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, parcialmente, o Ministro

Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 1.5.2020 a 8.5.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário