

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

JONAS GOMES DA COSTA

**A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543
E O ATIVISMO JUDICIAL EM FAVOR DOS HOMOSSEXUAIS**

São Paulo

2022

JONAS GOMES DA COSTA

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543
E O ATIVISMO JUDICIAL EM FAVOR DOS HOMOSSEXUAIS

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Orientadora: Profa. Dra. Cintia Barudi Lopes

São Paulo

2022

JONAS GOMES DA COSTA

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543
E O ATIVISMO JUDICIAL EM FAVOR DOS HOMOSSEXUAIS

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Cintia Barudi Lopes

Profa. Dra. Cinira Gomes Lima

Examinador

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543 E O ATIVISMO JUDICIAL EM FAVOR DOS HOMOSSEXUAIS

Jonas Gomes da Costa

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543, que declarou inconstitucional a inaptidão temporária de 12 meses para doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens, antes prevista no art. 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e no art. 25, inciso XXX, alínea d, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC n. 34/2014) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Antes disso, será apresentada a evolução histórica da legislação e da jurisprudência brasileira em relação aos homossexuais e a relação entre a epidemia de AIDS e as restrições à doação de sangue por *gays*. Essas informações somadas aos argumentos dos envolvidos na ADI 5.543 e aos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) serão relevantes para concluir que tais impedimentos são discriminatórios e que o STF cumpre papel fundamental na garantia de direitos aos homossexuais através do ativismo judicial.

Palavras chaves: homossexuais; inconstitucionalidade; ativismo judicial. doação de sangue. AIDS.

ABSTRACT:

This project has as purpose analyzing the judgment of The Direct Action of Unconstitutionality 5.543, which declared unconstitutional the 12-month temporary inability to donate blood by men who have sex with men, stipulated by the Ministry of Health in Ordinance n. 158/2016 and by the National Health Surveillance Agency in Resolution of the Collegiate Board of Directors n. 34/2014. Before that, the historical evolution of Brazilian legislation and jurisprudence related to homosexuals and the connection between the AIDS epidemic and restrictions on blood donation by gays will be presented. Also, the arguments of those involved in ADI 5.543 and the votes of the Ministers of the Federal Supreme Court (STF) will be relevant to conclude that such impediments are discriminatory and that the STF plays a fundamental role in guaranteeing the rights of homosexuals through judicial activism.

Key words: homosexuals. unconstitutionality. judicial activism. blood donation. AIDS.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. O DIREITO BRASILEIRO E A HOMOSSEXUALIDADE.....	5
2.1 O BRASIL COLÔNIA E O PECADO DA SODOMIA.....	5
2.2 O BRASIL IMPÉRIO E A DESCRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE.....	7
2.3 O BRASIL ATUAL E O ATIVISMO JUDICIAL EM FAVOR DOS HOMOSSEXUAIS.....	8
3. A HEMOTERAPIA NO BRASIL E A EPIDEMIA DE AIDS.....	11
4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543.....	13
4.1 DA PETIÇÃO INICIAL.....	13
4.2 DAS RESPOSTAS DA ANVISA E DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, DA MANIFESTAÇÃO DA AGU E DO PARECER DA PGR.....	15
4.3 DA DECISÃO.....	16
4.3.1 Do Voto do Ministro Relator Edson Fachin.....	16
4.3.2 Dos Votos Favoráveis.....	18
4.3.3 Dos Votos Contrários.....	20
4.4 DA APLICAÇÃO PRÁTICA E DAS CONSEQUÊNCIAS DA ADI 5.543.....	20
5. CONCLUSÃO.....	22
6. REFERÊNCIAS.....	23

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543, que declarou inconstitucional a inaptidão temporária de 12 meses para doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens, antes prevista no art. 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e no art. 25, inciso XXX, alínea d, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC n. 34/2014) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

A intenção deste artigo visa confirmar as seguintes hipóteses: (1) a restrição à doação de sangue por homossexuais é discriminatória e (2) o Supremo Tribunal Federal possui papel fundamental na garantia de direitos aos LGBT's.

Este trabalho está dividido em três partes. A primeira levará em conta o histórico legislativo brasileiro de exclusão das minorias sexuais e o histórico jurisprudencial de ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em favor dos LGBT's à luz da "Constituição Cidadã" de 1988. A segunda irá relacionar a epidemia de AIDS à regulação da hemoterapia no Brasil. Por fim, a argumentação das partes envolvidas na ADI 5.543 e dos Ministros da Suprema Corte servirá como base para a conclusão da existência ou não de violação dos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, da liberdade e da proporcionalidade na restrição à doação de sangue por homossexuais, cujo objetivo, em tese, é a proteção do direito à saúde.

A metodologia deste estudo, portanto, consiste no uso de método hipotético-dedutivo, partindo da aplicação da Constituição Federal ao caso em específico. A técnica de pesquisa é bibliográfica com objetivo exploratório, tendo como base textos já publicados – leis, julgados, livros e pesquisas científicas – analisados qualitativamente.

2. O DIREITO BRASILEIRO E A HOMOSSEXUALIDADE

Para trazer maior profundidade à análise da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543, que colocou fim às restrições discriminatórias para a doação de sangue por homossexuais, é oportuno apresentar a evolução dos direitos dessa minoria sexual no ordenamento jurídico brasileiro ao longo da História.

2.1 O Brasil Colônia e o Pecado da Sodomia

Dando início a esse recorte histórico, recua-se ao Brasil Colônia, período em que a ordem jurídica vigente era a mesma da metrópole portuguesa, portanto, as Ordenações do Reino. Primeiras compilações jurídicas de Portugal já ao final da Idade Média, as Ordenações

Afonsinas tinham como objetivo reunir o Direito vigente da época em um único diploma legal a fim evitar confusões normativas e facilitar a aplicação da justiça. De interesse para este estudo, está a previsão do crime de sodomia. E, para entendê-lo, faz-se necessário destacar as principais fontes das Ordenações: o Direito Romano e o Direito Canônico.

Desde 312 sob o comando de imperadores cristãos, Roma punia extraordinariamente o homem que fizesse “o papel de uma mulher” em uma relação sexual com outro homem, conforme o Código de Teodósio (ESKRIDGE JR., 1993, p. 1447-1448). Já em 1179, a Igreja Católica Apostólica Romana elencou a sodomia, juntamente com o concubinato e as visitas frequentes de clérigos a conventos femininos sem causa justificada, como pecado no cânone 11 do III Concílio de Latrão, aplicando aos clérigos a pena de expulsão ou confinamento em mosteiros, e aos leigos, a pena de excomunhão e exclusão da sociedade cristã (PICKET, 2021). Nesse tipo, encaixava-se a homossexualidade, uma vez que toda prática sexual não destinada à procriação era considerada um atentado à natureza pelas religiões filhas do judaísmo. De acordo com Paulo Vecchiatti:

(...) qualquer ato sexual praticado fora do casamento e, ainda que nele, sem o intuito da procriação, passou a ser condenado por essas religiões, fosse esse ato homo ou heteroafetivo – condenava-se a libertinagem, mas não determinado tipo de amor, sendo que se considerava como libertina qualquer atividade sexual que não visasse unicamente à procriação. Assim, no que tange à classificação judaica, o ato sexual realizado fora do casamento, fosse ou não libertino, passou a ser visto como uma “impureza”, que por isso deveria ser combatida. (VECCHIATTI, 2008, p. 49).

Foi do catolicismo, portanto, que o Reino de Portugal importou o conceito de sodomia, uma vez que Estado e Igreja ainda estavam indissociáveis e a moral da sociedade portuguesa era produto da moral cristã. Como diz Paiva (2007, p. 12), “Deus ocupa todo o espaço da realidade. O rei o representa”. Sendo assim, as Ordenações Afonsinas inseriram o crime de sodomia no Título XVII do Livro V, adjetivando-o como o pecado mais “torpe, sujo e desonesto” de todos e, ainda, como uma ofensa ao “Criador de toda a natureza, celestial e humana” (PORTUGAL, 1446). Tal conduta era punível com morte pelo fogo:

Mandamos, e pomos por Lei geral, que todo homem, que tal pecado fizer, por qualquer guisa que ser possa, seja queimado, e feito por fogo em pó, por tal que já nunca de seu corpo, e sepultura possa ser ouvida memória. (PORTUGAL, 1446)

Na sequência, vieram as Ordenações Manuelinas, que, no Título XII do Livro V, cumularam à pena de morte pelo fogo ao sodomita o confisco de seus bens e a infâmia de seus

filhos e descendentes, além de instituírem recompensa a informantes de casos de sodomia e pena de degredo perpétuo a quem se omitisse diante deles (PORTUGAL, 1521).

Por fim, as Ordenações Filipinas, cuja aplicabilidade foi a mais longa de todas no Brasil, mantiveram as mesmas disposições de suas antecessoras quanto ao crime de sodomia no Título XIII do Livro V. Dessa vez, contudo, elas o diferenciaram da bestialidade e do pecado de molície, ou seja, a masturbação entre pessoas do mesmo sexo, cujas penas se tornaram menos gravosas (PORTUGAL, 1603).

2.2 O Brasil Império e a Descriminalização da Homossexualidade

Declarada a independência em 1822 e convocada a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil por Dom Pedro I, ficaram mantidas em vigor no país as Ordenações Filipinas, enquanto não se organizasse um novo Código ou elas não fossem especialmente alteradas, conforme a Lei de 20 de Outubro de 1823 (BRASIL, 1823). No ano seguinte, em 1824, a primeira Constituição brasileira se tornou realidade. Ela trazia, no art. 179, XVIII, o comando para que se organizasse o quanto antes um Código Civil e Criminal, “fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade” (BRASIL, 1824). Contudo, foi apenas em 16 de Dezembro 1830 que tal disposição começou a ser cumprida, com a sanção do Código Criminal do Império do Brasil (BRASIL, 1830).

Revogando as disposições das Ordenações Filipinas no âmbito penal, o Código Criminal de 1830 é considerado o marco legal da descriminalização da homossexualidade no país. A partir dele, o crime de sodomia deixou de existir em terras brasileiras e, por consequência, a pena capital aos homossexuais. Entretanto, a criminalização dessa minoria sexual persistiu indiretamente. As relações homossexuais passaram a ser enquadradas nos crimes que ofendiam “a religião, a moral e os bons costumes” no Código Criminal do Império de 1830 e, mais tarde, nos crimes “contra a segurança da honra e honestidade das famílias e de ultraje público ao pudor” no Código Penal da República de 1890 (BRASIL, 1890):

A partir do Código Imperial surgiram, no entanto, os crimes “por ofensa à moral e aos bons costumes”, quando praticados em público. Sem que haja qualquer menção explícita, é debaixo de tal infração tão vagamente enunciada que, daí por diante, a homossexualidade será enquadrada (na prática e/ou em teoria). A verdade é que, na legislação brasileira, parece que esse assunto se considera de tal modo escabroso que fica envolto num silêncio tácito – situação típica de sociedades provincianas cuja opinião pública é mais um conceito vazio. Como resultado, os “crimes morais” acabam caindo facilmente nas mãos da polícia. Não por acaso, no Código Imperial, o delito contra a moral e os bons costumes encontrava-se inserido no capítulo dos “Crimes Policiais”, sendo então punido com “prisão por dez a quarenta dias e multa correspondente à metade do tempo”. (...) No Código

Penal Republicano (1890), a figura jurídica da ofensa à moral continua aparecendo, agora sob o nome de "crime contra a segurança da honra e honestidade das famílias" ou "ultraje público ao pudor". (TREVISAN, 2000, p. 166-167).

Portanto, como fica evidente, a condição de vida dos homossexuais continuou a ser penosa, permanecendo como uma população marginalizada, sem acesso à justiça e carente de políticas públicas que os garantissem dignidade.

2.3 O Brasil Atual e o Ativismo Judicial em Favor dos Homossexuais

A situação de invisibilidade dos homossexuais no Brasil ainda perdurou por quase dois séculos. Foi somente a partir dos anos 2000, que os *gays* tiveram grandes avanços na conquista de direitos antes garantidos somente aos heterossexuais. E, na maioria das vezes, esses avanços só foram possíveis graças à atuação do Poder Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal (STF).

Seguindo a vanguarda jusprevidenciária, que, entre outros exemplos, reconheceu direitos oriundos do concubinato décadas antes do reconhecimento da união estável pela Constituição de 1988 (BRITO, 2012, p. 171-172), foi através da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 de 11 de abril de 2000, ajuizada no Rio Grande do Sul pelo Ministério Público Federal (MPF) em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que foi plantada a semente para o reconhecimento da união homoafetiva. Nela, o MPF conseguiu, em pedido liminar na própria primeira instância, a inclusão do companheiro homossexual como dependente preferencial, garantindo-lhe o direito à pensão por morte e ao auxílio-reclusão, assim como aos heterossexuais, sob o argumento de violação dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição. (BRITO, 2012, p. 164-165).

O INSS, no entanto, apresentou a Petição 1.984 ao STF, pedindo a suspensão dos efeitos de abrangência nacional da tutela antecipada concedida. Na decisão de 10 de fevereiro de 2003, o Ministro Presidente Marco Aurélio indeferiu o pedido, usando-se da hermenêutica para extrapolar o conceito constitucional de entidade familiar como a união entre o homem e a mulher:

Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a **inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo**

226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes - inciso V do artigo 201. (BRASIL, 2003, grifo nosso).

Contudo, apenas oito anos depois, as relações entre duas pessoas do mesmo sexo foram, de fato, equiparadas à união estável heterossexual. No julgamento em 5 de maio de 2011 da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 (proposta pela Procuradoria-Geral da República) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 (proposta pelo governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral), de relatoria do Ministro Ayres Britto, ficou estabelecido que o artigo 1.723 do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição. Sua redação é a seguinte: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002a).

Assim, Ayres Britto consolidou o processo de mutação constitucional do conceito de família nesse julgado, interpretando-o de maneira “não-reducionista”, com base nos art. 1º, III e V, art. 3º, IV, art. 5º, X, § 1º e § 2º e art. 226 da Constituição (BRASIL, 1988a):

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 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 socio-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. (BRASIL, 2011, p. 2-3, grifo nosso).

O Ministro afirmou que o § 3º do art. 226, ao colocar a entidade familiar como aquela formada pelo homem e pela mulher, serviu para combater o patriarcalismo brasileiro e que sua interpretação ao pé da letra não pode separar o que a vida uniu pelo afeto (BRASIL, 2011, p. 43). Por votação unânime, os Ministros reconheceram a união homoafetiva com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, entre elas a conversão em casamento, por exemplo.

Outra decisão prolatada, em 28 de outubro de 2015, pelo Supremo Tribunal Federal foi a de não recepcionar as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” contidas no art. 235 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969) pela Constituição Federal de 1988 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 291, deduzida pela Procuradoria Geral da República. Nela, o Ministro Relator Roberto Barroso também invocou os fundamentos, objetivos e direitos constitucionais presentes nos arts. 1º, III; 3º, IV e 5º, *caput*, da CRFB/88 – dignidade da pessoa humana, não-discriminação sexual e isonomia – e apontou a desproporcionalidade do texto normativo, que contribuía para o preconceito contra os *gays* (BRASIL, 2015, p. 9-10).

Por fim, com Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 fica mais clara a importância do ativismo judicial do STF. Proposta pelo Partido Popular Socialista, o julgamento em 13 de junho de 2019 da ADO 26 reconheceu a mora do Congresso Nacional em editar lei que criminalizasse os atos de homotransfobia. Diante da inércia do Poder Legislativo em garantir proteção aos direitos fundamentais da população LGBT, o Ministro Relator Celso de Mello propôs que, enquanto houvesse lacuna legislativa, deveria ser aplicada a Lei do Racismo (BRASIL, 1989) aos casos de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero:

Tenho para mim que a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89 – objetiva fazer preservar – no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV) – a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. (BRASIL, 2019, p. 125, grifo nosso).

Tal orientação foi acompanhada pela maioria dos Ministros, fazendo valer o art. 5º, XLI, da CRFB/88, que diz que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e

liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988a). Desde então, três anos após essa decisão, os crimes de homofobia e transfobia continuam sendo equiparados aos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, permanecendo o silêncio normativo.

Como será visto mais à frente, as jurisprudências expostas apresentam direta relação com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543. Os dispositivos constitucionais citados por elas, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, são novamente mobilizados para justificar o entendimento de que as restrições à doação de sangue pelos homossexuais são discriminatórias.

3. A HEMOTERAPIA NO BRASIL E A EPIDEMIA DE AIDS

A respeito dos serviços hemoterápicos, cumpre traçar um histórico com foco em sua regulação pelo Estado brasileiro. A hemoterapia emergiu como especialidade médica no Brasil nos anos 40, principalmente, através da doação remunerada, com bancos de sangue privados incentivando o pagamento pela doação de sangue (JUNQUEIRA; ROSENBLIT; HAMERSCHLAK, 2005, p. 203-205). A iniciativa privada acabou por dominar os serviços hemoterápicos, transformando-o em um ramo comercial. Médicos recebiam honorários pela coleta, e doadores chegavam a receber de 500 réis pelo cm³ de sangue doado a 750 réis pelo cm³ quando imunizados, atraindo a doação vinda de pessoas necessitadas sem condições físicas para tanto (JUNQUEIRA; ROSENBLIT; HAMERSCHLAK, 2005, p. 203-205). A falta de regulamentação favoreceu a exploração econômica do sangue no Brasil.

A primeira lei que veio para incentivar a doação de sangue voluntária e de forma altruísta foi a Lei nº 1.075/1950, que estimulava a doação de sangue do servidor público a um banco de sangue do Governo em troca do abono do ponto (BRASIL, 1950). Tal disposição foi recepcionada a todos os empregados na Consolidação das Leis do Trabalho, quando o Decreto-lei nº 229/1967 incluiu a doação voluntária de sangue como justificativa para o não comparecimento ao serviço por um dia a cada 12 meses de trabalho, conforme art. 473, IV, da CLT (BRASIL, 1943). Em 1964, o Governo Militar instituiu o “Dia Nacional do Doador Voluntário” no dia 25 de novembro (BRASIL, 1964).

Foi editada, então, a primeira lei que dispunha sobre o exercício da atividade hemoterápica, a Lei nº 4.701 de 28 de junho de 1965 (BRASIL, 1965), que só foi revogada pela Lei nº 10.205/2001 (BRASIL, 2001). No entanto, apesar de agora regulada, a falta de fiscalização resultava na precariedade da atividade de hemoterapia no Brasil, praticada, sobretudo, com fins comerciais ((JUNQUEIRA; ROSENBLIT; HAMERSCHLAK, 2005, p. 205). Eram frequentes as contaminações por hepatite, sífilis e chagas dos receptores

(ROSSINI, 2020). Contudo, a doação remunerada persistia. Estima-se que 80% das doações de sangue eram gratificadas no Brasil dos anos 80 (JUNQUEIRA; ROSENBLIT; HAMERSCHLAK, 2005, p. 205). Segundo o professor especialista no movimento de reforma sanitária brasileiro Jairnilson Silva Paim, os bancos de sangue públicos, que priorizavam a doação voluntária, realizavam um controle melhor do sangue coletado, realizando entrevistas e testando o sangue para as doenças conhecidas (ROSSINI, 2020).

Foi nesse contexto que a epidemia da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) se iniciou. Num primeiro momento, a maior incidência de casos atingiu 5 grupos, homossexuais, hemofílicos, heroinômanos (usuários de heroína injetável), haitianos e *hookers* (prostitutas), estigmatizando-a como a Doença dos 5H. (CAMPANA, 2019). Os *gays* acabaram sendo considerados como potenciais portadores do vírus HIV, tornando o termo “peste *gay*” sinônimo da AIDS (CAMPANA, 2019).

Assim, o vírus HIV também passou a ser disseminado pelas transfusões de sangue no Brasil. A falta de controle sanitário e o comércio desenfreado do sangue propiciaram a contaminação dos receptores. Na década de 80, 2% das dos casos de AIDS eram adquiridos por transfusões de sangue e metade dos hemofílicos havia sido infectada pelo vírus HIV (JUNQUEIRA; ROSENBLIT; HAMERSCHLAK, 2005, p. 206). Entre os casos mais famosos, está o dos três irmãos hemofílicos: o cartunista Henfil, o músico Chico Mário e o sociólogo Herbert de Souza, conhecido como Betinho (ROSSINI, 2020). Todos contraíram o vírus em transfusões de sangue. Iniciou-se, então, um movimento para a proibição da comercialização de sangue e hemoderivados, que culminou no § 4º do artigo 199 da Constituição Federal de 1988, que, finalmente, tirou o *status* de mercadoria do sangue (BRASIL, 1988a).

Ainda, a Lei nº 7.649/88 estabeleceu a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue e a realização de exames laboratoriais no sangue coletado para prevenir a propagação das doenças Hepatite B, Sífilis, Doença de Chagas, Malária e AIDS (BRASIL, 1988b). Foi a Portaria nº 1.376, de 1993 do Ministério da Saúde que excluiu definitivamente da doação de sangue todos os indivíduos que pertenciam a grupos de risco para AIDS, ou seja, nestes incluíam-se os homens que fazem sexo com outros homens (BRASIL, 1993). Entretanto, a Resolução de Diretoria Colegiada nº 343 de 2002 da ANVISA acabou por substituir essa inaptidão definitiva para doação de sangue pela inaptidão temporária de 12 meses (BRASIL, 2002b).

No entanto, como será visto adiante no debate da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543, após alguns anos de estudos e com o aumento da incidência do

vírus HIV nos heterossexuais, chegou-se a conclusão de que a visão de grupos de risco deveria ser substituída pela de condutas de risco e que restrições à doação de sangue por homossexuais apenas reforçam a discriminação.

4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543

Finalmente, passa-se à análise do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543, de julgamento em 11 de maio de 2020, com ata de julgamento publicada no Diário da Justiça Eletrônico (DJE) em 22 de maio de 2020 e publicação do acórdão no Diário da Justiça Eletrônico (DJE) em 26 de agosto de 2020.

4.1 Da Petição Inicial

O Partido Socialista Brasileiro propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543, com pedido de medida cautelar, com fulcro no art. 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal e na Lei nº 9.868/99. Ela tem como objeto o 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 (ANVISA) (PSB, 2016, p. 1-2). Ambos os dispositivos consideram inaptos temporariamente para realizarem doação sanguínea os homens que tiveram relações sexuais com outros homens nos últimos 12 meses. Nesse sentido:

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; (BRASIL, 2016).

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; (BRASIL, 2014)

Entre as justificativas para o *periculum in mora*, o PSB destaca que o Brasil sofre de escassez nos bancos de sangue e que a proibição de doação de sangue por homossexuais

acarreta na perda de 19 milhões de litros de sangue que poderiam ser doados anualmente, prejudicando a sobrevivência dos que necessitam de transfusão de sangue (PSB, 2016, p. 28).

O requerente apresenta um histórico da epidemia da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), demonstrando que a explosão inicial de casos entre os homossexuais e o ainda incipiente conhecimento sobre a origem e transmissão da doença no final dos anos 70 estigmatizou os *gays* como grupo de risco à contaminação (PSB, 2016, p. 6-7). A ausência de precisão do período da janela imunológica do vírus HIV acabou por refletir na proibição da doação de sangue por homossexuais em diversos países no mundo, dentre eles, o Brasil com a Portaria n. 1.376/93 do Ministério da Saúde (PSB, 2016, p. 7-8). Contudo, houve grandes avanços nos estudos sobre a AIDS, como, por exemplo, a redução para detecção do vírus HIV por exame de sangue para apenas 15 dias da exposição (PSB, 2016, p. 8). Dados revelam estabilização do número de detecção de novos casos no Brasil entre os anos de 2005 e 2014 (PSB, 2016, p. 8-9). E, o principal: os heterossexuais estão tão sujeitos à infecção quanto os homossexuais ou bissexuais, pois representam 50% dos casos notificados de AIDS no Brasil entre os anos de 1980 e 2015 (PSB, 2016, p. 10). Conclui-se, portanto, que o comportamento sexual de risco, com parceiros ocasionais ou desconhecidos e sem uso de preservativo, é o principal fator para a transmissão, independente da orientação sexual.

Adentrando ao campo legislativo, o autor argumenta que apenas o art. 64, II, e os arts. 35 e 36 da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde são suficientes para excluir a doação de sangue de pessoas promíscuas (PSB, 2016, p. 14-17), pois estabelecem entrevista individual para seleção dos candidatos a doador, já afastando todas as pessoas – homossexuais ou heterossexuais – que não tiveram relações sexuais monogâmicas com parceiros fixos nos últimos 12 meses (BRASIL, 2016). Há, paradoxalmente, conflito normativo na própria Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde (PSB, 2016, p. 12-13), pois ela prevê no §3º de seu art. 2º, que os serviços de hemoterapia serão isentos de preconceito e discriminação por orientação sexual (BRASIL, 2016). Extrai-se, assim, que a exigência específica de abstinência sexual completa nos últimos doze meses para os *gays* é desnecessária e discriminatória.

Buscando provar inconstitucionalidade, o PSB explicita as normas constitucionais violadas pelo art. 64, IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e pelo art. 25, XXX, d, da RDC n. 34/2014 da ANVISA (PSB, 2016, p. 22-27). São elas: o fundamento da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da CF/88; o direito fundamental à igualdade, art. 5º, *caput*, da CF/88; o objetivo fundamental 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, art. 3º, IV, da CF/88; e o princípio constitucional da proporcionalidade (BRASIL, 1988a).

Dessa forma, chega-se a conclusão de que resta ao Supremo Tribunal Federal agir para eliminar qualquer dispositivo que propague o preconceito contra os homossexuais, dando seguimento a anos de ativismo judicial em favor destes, uma vez que a produção legislativa não é capaz de acompanhar a evolução da sociedade brasileira. Nesse sentido:

Veja-se que **o papel histórico desta Suprema Corte é combater os resquícios do passado discriminatório**, eliminando do ordenamento jurídico – ou, ao menos, dando-lhes interpretação conforme – todas as normas que sirvam como fonte de atos preconceituosos (PSB, 2016, p. 23, grifo nosso).

4.2 Das Respostas da ANVISA e do Ministério da Saúde, da Manifestação da AGU e do Parecer da PGR

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária responde que a restrição à doação de sangue por homossexuais tem como base diversos dados científicos para garantir a segurança das transfusões de sangue, entre eles: a OMS elenca a prática sexual de homens com outros homens como comportamento de risco para transmissão do HIV; os homens que fazem sexo com outros homens (HSH) têm a probabilidade de contrair HIV 19,3 vezes maior; 10,5% dos HSH estão com o vírus, proporção muito maior do que o número de brasileiros infectados em relação à população brasileira total, de acordo com estimativa da UNAIDS (ANVISA, 2016, p. 4). Como exemplo, Áustria, Alemanha, Bélgica, China, Dinamarca, França, Grécia, Índia, Israel e Noruega possuem regras ainda mais rígidas para doação de sangue por HSH, considerando-os inaptos definitivamente para tanto (ANVISA, 2016, p. 4).

O Ministério da Saúde, por sua vez, além de repetir dados sobre as maiores taxas de contaminação por HIV pelos HSH, observa que o direito à saúde é dever do Estado brasileiro (art. 196, da CF/88), o que implica em dever de abstenção, ou seja, de não causar dano (MS, 2016, p. 3-4). Portanto, a restrição à doação de sangue por HSH visa à proteção do receptor, obedecendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (MS, 2016, p. 7-12), ao princípio da precaução da medicina transfusional e ao princípio bioético da não maleficência (MS, 2016, p. 13-14). Em síntese, os demais direitos fundamentais em colisão com o direito fundamental da saúde devem ser relativizados, inclusive o ato de doação de sangue, que decorre do superprincípio fundamental da cidadania (MS, 2016, p. 7-12).

A Advocacia-Geral da União se manifesta no mesmo sentido, pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543 (AGU, 2016, p. 14). Ela defende que inaptidão de

temporária para doação de sangue por HSH garante a segurança e a eficácia do sistema de hemoterapia, em especial dos receptores de sangue, mas não os discrimina, pois se trata de grupo cujo comportamento é de risco, assim como usuários de drogas, profissionais do sexo e portadores de tatuagens ou *piercings* (AGU, 2016, p. 8-10) Portanto, a AGU, assim como o Ministério da Saúde e a ANVISA, desconsidera o tratamento desigual dado aos relacionamentos monogâmicos *gays* em relação aos relacionamentos monogâmicos heterossexuais.

Contudo, em entendimento distinto, o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros dá parecer pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, inclusive, no que tange a medida cautelar (PGR, 2016, p. 27). Diferentemente das demais instituições, ele não baseia sua defesa em provar a maior incidência proporcional da infecção por HIV no grupo dos homossexuais. Janot, de pronto, demonstra que a restrição à doação de sangue por HSH é excessiva, uma vez que 12 meses de inaptidão temporária para HSH ultrapassam, em muito, o tempo da janela imunológica para detecção dos vírus HIV, HBV (hepatite B) e HCV (hepatite CV) nos processos de triagem do sangue doado, ferindo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (PGR, 2016, p. 23-24). No campo do direito, o Procurador-Geral aponta que o princípio da dignidade humana fundamenta os demais preceitos da Constituição Federal, sobretudo, o direito à liberdade, que se materializa pela autodeterminação do indivíduo e, assim, os dispositivos questionados contrariam a liberdade de orientação sexual, afastando o indivíduo de seu centro de identidade e contribuindo para a homofobia (PGR, 2016, p. 6-12).

4.3 Da Decisão

Diante dos argumentos expostos, é possível passar ao resultado do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543. O pedido para declarar inconstitucionais o art. 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, d, da RDC 34/2014 da ANVISA foi julgado procedente pela maioria dos Ministros. Entre os votos a favor, está o voto do Ministro Relator Edson Fachin, que foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. Foram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

4.3.1 Do Voto do Ministro Relator Edson Fachin

O Ministro Relator Edson Fachin inicia seu voto dizendo que o sangue faz de nós humanos, sendo “prova pulsante do pertencimento a uma mesma espécie, afortunada pelo

dom da consciência e reconhecida em sua inerente dignidade e fugaz existência” (BRASIL, 2020a, p. 19). O ato de doar sangue ao outro semelhante é um exercício da empatia e da alteridade, contribuindo para a individualidade e o senso de coletividade do homem e, portanto, sua negação aos homens homossexuais significa negar-lhes sua humanidade, uma violação do fundamento maior da República:

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).** (BRASIL, 2020a, p. 27, grifo nosso).

Em decorrência, Fachin demonstra, também, que a restrição de uma vida sexual minimamente ativa aos homossexuais para doar sangue viola direitos da personalidade:

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). (BRASIL, 2020a, p. 33, grifo nosso).

O Ministro Relator aponta a violação do princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal ao criticar a classificação de grupos de riscos, quando o correto seria se atentar às condutas de risco:

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. (BRASIL, 2020a, p. 22, grifo nosso).

A restrição ao grupo dos homens que fazem sexo com outros homens (HSH) é, portanto, discriminatória, pois estigmatiza os *gays* como portadores da AIDS, como sujeitos perigosos e inferiores, deixando-os sem a possibilidade de serem como são, de serem solidários ou de participarem de sua comunidade política (BRASIL, 2020a, p. 31). A esse respeito, destaca-se que tal discriminação se dá de forma indireta, pois, apesar de não existir intenção, as normas questionadas geram impacto desproporcional ao grupo social dos homossexuais:

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. (BRASIL, 2020a, p. 45, grifo nosso).

Além de gerar preconceito, a inaptidão temporária para doar sangue dos HSH também contribui para a transmissão de doenças entre a parcela heterossexual da população:

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**. (BRASIL, 2020a, p. 23, grifo nosso).

Segundo o Ministro, tais dispositivos vão contra os objetivos fundamentais da República de construir uma sociedade livre e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação, previstos no art. 3º, I e IV, da CF/88 (BRASIL, 2020a, p. 56). Ele, por fim, lembra que a restrição à doação de sangue por homossexuais também afronta tratados internacionais com peso constitucional dos quais o Brasil é signatário e que proíbem a discriminação sexual: a Convenção Americana de Direitos Humanos; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (BRASIL, 2020a, p. 51-53).

4.3.2 Dos Votos Favoráveis

Acompanhando o Relator, os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Cármen Lúcia votaram pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543. Cumpre, então, destacar alguns dos argumentos apresentados por eles.

O Ministro Luís Roberto Barroso fundamenta seu voto, principalmente, na violação ao princípio da proporcionalidade pela Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e pela Resolução da Diretoria Colegiada n. 34/2014 da ANVISA, contrariando a teoria de sopesamento dos direitos fundamentais suscitada pelo Ministério da Saúde. Apesar do interesse legítimo de proteger um interesse público, no caso, a saúde pública, a restrição a

direito fundamental dos homens homossexuais se revela em excesso e desatualizada diante do aprimoramento dos testes para detecção do vírus HIV, que, agora, possui janela imunológica entre 10 e 12 dias. (BRASIL, 2020a, p. 67-70). Barroso, ainda, traz, como exemplo, a Espanha e o México como casos bem sucedidos de países que aboliram qualquer restrição de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens (HSH) e não registram casos de transmissão dos vírus HIV por transfusão de sangue. (BRASIL, 2020a, p. 70-71).

O Ministro Luiz Fux se atenta para o fato de que o comportamento de risco à contaminação por HIV reside, na realidade, na relação anal sem o uso de preservativo, que pode ser praticada por qualquer um dos gêneros (BRASIL, 2020a, p. 78-81). Assim, a restrição para doação de sangue aos HSH partiria do pressuposto infundado e sem evidência científica “de que os homossexuais e bissexuais estariam mais propensos a fazer sexo sem camisinha que os heterossexuais” (BRASIL, 2020a, p. 80).

A Ministra Rosa Weber se volta ao caráter discriminatório dos dispositivos questionados ao levarem a orientação sexual do doador como critério para doação, ao invés da conduta de risco, desconsiderando o uso de camisinha e, principalmente, se o doador tem um parceiro fixo – fato levado em conta quando o doador é heterossexual (BRASIL, 2020a, p. 72-73). Rosa Weber, então, destaca que a restrição à doação de sangue por HSH anula o reconhecimento das uniões homoafetivas e, portanto, o relacionamento monogâmico entre homossexuais (BRASIL, 2020a, p. 73). Assim, a Ministra volta ao cerne deste estudo, sinalizando o conflito da inaptidão temporária para doar sangue dos HSH com o próprio histórico jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) em favor dos homossexuais.

Mais minucioso ainda, o Ministro Gilmar Mendes relembra as decisões do STF que tiveram como objetivo garantir a igualdade e reduzir o preconceito aos LGBT's: a inconstitucionalidade dos termos “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” do art. 235 do Código Penal Militar; o reconhecimento das uniões homoafetivas; a criminalização da homofobia e da transfobia; o direito à alteração do registro civil por pessoa transgênero; a transferência de mulheres transexuais e transgênero de presídios masculinos para presídios femininos; entre outras (BRASIL, 2020a, p. 136-144). Conclui-se que a intervenção da Suprema Corte é essencial para a proteção dos LGBT's. Nesse sentido, Gilmar Mendes:

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.** (BRASIL, 2020a, p. 144, grifo nosso).

4.3.3 Dos Votos Contrários

Os Ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello decidiram por não acompanhar o relator e vale, aqui, ressaltar alguns de seus argumentos. Os Ministros parecem se impressionar com os dados técnicos do Ministério da Saúde e da ANVISA que revelam maior probabilidade de contaminação pelo vírus HIV em homens que fazem sexo com outros homens (HSH), considerando que não há discriminação nas normas impugnadas e, assim, nivelando – e até confundindo – os conceitos de grupos de risco e condutas de risco.

Destes, o voto mais curioso é o do Ministro Alexandre de Moraes, que julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Acrescentando que 15,4% dos HSH que doaram sangue ao Hemocentro de Ribeirão Preto-SP possuíam o vírus HIV contra uma porcentagem inferior a 0,03% dos demais doadores, o Ministro conclui, livremente, que algumas condutas de risco estariam mais presentes em algumas orientações sexuais (BRASIL, 2020a, p. 123-125). Assim, com base na Lei 10.205/2001, Moraes enxerga razoabilidade e proporcionalidade na restrição à doação de sangue por homossexuais, sendo ela essencial para a proteção do doador, do receptor e responsabilização das autoridades médicas. (BRASIL, 2020a, p. 117-128). Contudo, ele ressalva que o período de inaptidão temporária de 12 meses para os HSH doarem sangue deve ser ajustado ao período de janela imunológica do vírus HIV (BRASIL, 2020a, p. 127-128).

Ainda, interessante destacar que o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, defende que “o Supremo Tribunal Federal deve adotar uma postura autocontida diante de determinações das autoridades sanitárias quando estas forem embasadas em dados técnicos e científicos devidamente demonstrados” (BRASIL, 2020a, p. 162-163). Portanto, o Ministro entende que a Suprema Corte deve se abster quanto a inaptidão temporária de 12 meses para a doação de sangue por homossexuais, pois, para ele, a saúde pública está em jogo.

4.4 Da Aplicação Prática e das Consequências da ADI 5.543

Com a publicação da Portaria nº 1.682, de 2 de julho de 2020 do Ministério da Saúde e da Resolução de Diretoria Colegiada nº 399 de 07 de julho de 2020 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, foram revogados os dispositivos declarados inconstitucionais na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543 (BRASIL, 2020b, 2020c). A decisão pelo fim das restrições à doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens (HSH) acabou

por refletir em mudanças positivas nas práticas de coleta de sangue pelos hemocentros do país.

A Hemorrede de Mato Grosso do Sul (Hemosul), por exemplo, já vinha levando em conta o comportamento sexual do candidato à doação no processo de triagem e não sua orientação sexual meses antes do julgamento da ADI 5.543, alegando autonomia das hemorredes estaduais para tanto (FRIAS, 2020). No entanto, a pergunta aos doadores homens “você fez sexo com algum outro homem nos últimos 12 meses?” permanecia no questionário para doação de sangue. Porém, após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), Marli Vavas, coordenadora geral da Hemosul declarou que “a pergunta fazia parte do questionário por obrigação legal e foi retirada agora, não muda muito nosso posicionamento que já era igual para homossexuais e heterossexuais” (FRIAS, 2020).

O Centro de Hematologia e Hemoterapia do Ceará (Hemoce) passou a cumprir a decisão da ADI 5.543 desde o dia 10 de junho de 2020 e, conforme a diretora geral do Hemoce Luciana Carlos, “essa mudança exclui a pergunta sobre as relações HSH” (CYBELLY, 2020). O Hemocentro do Espírito Santo (Hemoes) também removeu a pergunta de seu questionário no dia 12 de junho de 2020 (BOREM, 2020).

Contudo, ainda que esporádicos, alguns casos de discriminação a doadores *gays* foram relatados. O Instituto Hospital Oswaldo Cruz de Hemoterapia foi condenado pela 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo a pagar uma indenização de R\$ 2 mil ao estudante de Direito Natan Santiago, cujo sangue foi recusado após ele ter respondido positivamente à questão 47 do questionário para doadores, confirmando ter tido relação homossexual nos 12 meses antecedentes (REIS, 2020). A condenação se deu em razão de que a recusa ocorreu em 11 de junho de 2020, 20 dias após a publicação da ata de julgamento da ADI 5.543 e, portanto, o instituto já estaria vinculado a ela (SÃO PAULO, 2021, p. 6). Ainda, o advogado Matheus Afonso Brandini passou por situação semelhante em 8 de junho de 2020 quando o Hemocentro de Santa Catarina (Hemosc) se negou a aceitar sua doação de sangue em razão de sua orientação sexual., obtendo uma indenização de R\$ 3 mil por danos morais (BATISTELA; CALDAS, 2022).

Apesar dos casos expostos aparentarem ser fruto da falta de atualização e do desconhecimento de alguns hemocentros em relação à determinação relativamente nova do STF à época, o Grupo Gay da Bahia denunciou em 08 de janeiro de 2022 um caso de um professor homossexual, cuja identidade foi omitida, que afirmou que a unidade de Senhor do Bonfim da Fundação de Hematologia e Hemoterapia da Bahia (Hemoba) o impediu de doar sangue por ele ser *gay* (GRUPO..., 2022).

Tais situações reforçam a importância do Supremo Tribunal Federal, uma vez que sua jurisprudência tem força *erga omnes* e se provou eficaz para uma mudança institucional nas práticas de coleta de sangue. Agora, ainda que casos de discriminação a homossexuais ocorram durante o ato de doar sangue, esses indivíduos possuem proteção jurídica para fazer cumprir sua vontade e para serem indenizados pelo tratamento humilhante.

5. CONCLUSÃO

A partir da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543, extrai-se que as restrições à doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens (HSH) previstas no art. 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e no art. 25, XXX, d, da RDC 34/2014 da ANVISA são discriminatórias e, portanto, ferem a Constituição Federal de 1988. Conforme o histórico apresentado, tais dispositivos representam resquício da produção legislativa homofóbica, que não foi capaz de acompanhar a evolução da sociedade brasileira, muito menos o avanço da comunidade científica nos estudos sobre transmissão da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).

Diante da redução da janela imunológica para detecção do vírus HIV, da popularização do uso da camisinha, da existência de relacionamentos homoafetivos monogâmicos e duradouros e de exemplos de sucesso como Espanha e México – onde o fim das restrições à doação de sangue por HSH não aumentou a contaminação por HIV – não faz mais sentido a manutenção da inaptidão temporária para os homossexuais doarem sangue. Ainda que a inaptidão temporária já tenha sido considerada um avanço em relação à inaptidão definitiva imposta pela Portaria nº 1.376/1993 do Ministério da Saúde, o período de 12 meses de abstinência sexual continuava irrazoável para qualquer *gay* com a vida sexual minimamente ativa e desproporcional para uma janela imunológica de 12 dias. Somam-se a isso os dados que comprovam que a população heterossexual também está sujeita contaminação por doenças sexualmente transmissíveis, sinalizando que as condutas sexuais de risco – sexo sem preservativo e com parceiros ocasionais – são mais relevantes do que a orientação sexual dos indivíduos. Tais informações são fundamentais para superar o entendimento de que a proteção da saúde pública estaria prejudicada na ausência de restrições aos HSH para doação de sangue.

Assim, frente ao desânimo legislativo para criar diretrizes que orientem a publicação das portarias e resoluções do Ministério da Saúde e da ANVISA no tocante a doação de sangue por HSH, resta aos *gays* a judicialização política para ter seu direito validado. Essa questão, assim como muitas relacionadas aos LGBT's – como o reconhecimento das uniões

homoafetivas e a criminalização da homotransfobia, por exemplo – acaba por bater à porta do Supremo Tribunal Federal (STF), que se revela o verdadeiro guardião dos direitos fundamentais das minorias sexuais. Como é possível enxergar nos votos dos Ministros na ADI 5.543, a inaptidão temporária dos homossexuais para doarem sangue fere a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e a liberdade sexual; a isonomia (art. 5º, caput, da CF/88), a não-discriminação (art. 3º, IV, da CF/88); e o princípio constitucional da proporcionalidade. As restrições à doação de sangue por HSH são, portanto, inconstitucionais e discriminatórias.

O STF, novamente, mostra sua força na realização do controle concentrado constitucional, declarando a inconstitucionalidade das normas com efeito vinculante sobre o Judiciário e a Administração Pública. O acórdão da ADI 5.543 obrigou os hemocentros de todo o Brasil a removerem de seus questionários de triagem para doadores de sangue as questões relacionadas ao grupo dos homens que fazem sexo com outros homens, comprovando sua eficácia *erga omnes*. Ainda, serve para fundamentar decisões de indenização por danos morais em eventuais casos de discriminação sofridos por homossexuais no momento da doação. Portanto, apesar da homofobia ser uma constante no Brasil, o STF cumpre papel importante para eliminar elementos discriminadores do ordenamento jurídico, com suas decisões servindo como mecanismos para garantir a igualdade material aos homossexuais.

6. REFERÊNCIAS

AGU. Advocacia-Geral da União. *Petição de apresentação de manifestação nº 35727/2016*. Brasília, 30 de junho de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=565154507&prcID=4996495#>. Acesso em: 05 jan. 2022.

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Petição 33388/2016 – Ofício nº 140/2014*. Presta informações em atenção ao Ofício nº 9524/2016. Brasília, 17 de junho de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11237587&prcID=4996495&ad=s#>. Acesso em: 05 jan. 2022.

BATISTELA, Clarissa; CALDAS, Joana. Advogado questionado sobre orientação sexual ao doar sangue em SC ganha direito a indenização: 'Humilhante tal situação' *GI*, Santa Catarina,

02 de março de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2022/03/02/advogado-questionado-sobre-orientacao-sexual-ao-doar-sangue-em-sc-ganha-direito-a-indenizacao-humilhante-tal-situacao.ghtml>. Acesso em: 10 maio 2022.

BOREM, Alberto. Doação de sangue: pergunta sobre orientação sexual é removida no ES. *A Gazeta*, Vitória, 25 de junho de 2020. Caderno Cotidiano. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/cotidiano/doacao-de-sangue-pergunta-sobre-orientacao-sexual-e-removida-no-es-0620>. Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguesas que são especificados. *Coleção de Leis do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, 20 de outubro de 1823.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (Carta de Lei 25 De Março De 1824). Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador. *Coleção de Leis do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, 1824.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Coleção de Leis do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, 1830.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. *Coleção de Leis do Brasil*, Rio de Janeiro, 13 de dezembro 1890.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 09 agosto de 1943.

BRASIL. Lei nº 1.075, de 27 de março de 1950. Dispõe sobre a doação voluntária de sangue. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 12 de abril 1950.

BRASIL. Decreto nº 53.988, de 30 de junho de 1964. Institui o Dia Nacional do Doador Voluntário de Sangue. *Diário Oficial da União*, Brasília, 01 de julho de 1964.

BRASIL. Lei nº 4.701, de 28 de junho de 1965. Dispõe sobre o exercício da atividade hemoterápica no Brasil e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 01 de julho de 1965.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 de outubro de 1969.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 de outubro de 1988a.

BRASIL. Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando a prevenir a propagação de doenças, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 de janeiro de 1988b.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial da União*, Brasília, 06 de janeiro 1989.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.376, de 19 de novembro de 1993. Aprova alterações na Portaria nº 721/GM, de 09.08.89, que aprova Normas Técnicas para coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 de dezembro de 1993.

BRASIL. Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001. Regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 de março de 2001.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 de janeiro de 2002a.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Diretoria Colegiada. Resolução - RDC nº 343, de 13 de dezembro de 2002. Aprova o Regulamento Técnico para a obtenção, testagem, processamento e Controle de Qualidade de Sangue e Hemocomponentes para uso humano. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 de dezembro de 2002b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 1.984/RS*. Min. Presidente Marco Aurélio Mello, 10 de fevereiro de 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19154889/peticao-pet-1984-rs-stf>. Acesso em: 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF*. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 06 jan. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Diretoria Colegiada. Resolução - RDC nº 34, de 11 de junho de 2014. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 de junho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 291/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 28 de outubro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>. Acesso em: 06 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF*. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de maio de 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126&prcID=4996495#>. Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.682, de 2 de julho de 2020. Altera o Anexo IV da Portaria de Consolidação nº 5/GM/MS, de 28 de setembro de 2017, e redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. *Diário Oficial da União*, Brasília, 03 de julho de 2020b.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Diretoria Colegiada. Resolução - RDC nº 399, de 07 de julho de 2020. Revoga a alínea "d" do inciso XXX do art. 25 da Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 34, de 11 de junho de 2014, que dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue, em cumprimento à ordem judicial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 de julho de 2020c.

BRITO, Laura Souza Lima e. Direito Previdenciário e as Uniões Homoafetivas. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Comentários à Jurisprudência Previdenciária do STF*. Curitiba: Juruá, 2012.

CAMPANA, Pedro. Por que a Aids predomina entre jovens gays negros e pardos?. *Carta Capital*. São Paulo, 02 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/saudelgbt/por-que-a-aids-predomina-entre-jovens-gays-negros-e-pardos/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

CYBELLY, Natássya. Hemoce amplia critérios para doação de sangue de homossexuais. *Secretaria da Saúde do Ceará*, Fortaleza, 10 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.saude.ce.gov.br/2020/06/10/hemoce-amplia-criterios-para-doacao-de-sangue-de-homossexuais/>. Acesso em: 10 maio 2022.

ESKRIDGE JR., William N. A history of same sex marriage. *Virginia Law Review*. v. 79. p. 1419-1513, 1993. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/736/A_History_of_Same_Sex_Marriage.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 05 jan. 2022.

FRIAS, Silvia. Hemosul já tirou do questionário pergunta que impedia doação por gays. *Campo Grande News*, Campo Grande, 10 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/hemosul-ja-tirou-do-questionario-pergunta-que-impedia-doacao-por-gays>. Acesso em: 10 maio 2022.

GRUPO Gay da Bahia compartilha denúncia de homofobia contra homem que tentou doar sangue na Hemoba. *GI*, Bahia, 09 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2022/01/09/grupo-gay-da-bahia-compartilha-denuncia-de-homofobia-contra-homem-que-tentou-doar-sangue-na-hemoba.ghtml>. Acesso em: 10 maio 2022.

JUNQUEIRA, Pedro Clóvis; ROSENBLIT, Jacob; HAMERSCHLAK, Nelson. História da Hemoterapia no Brasil. *Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia*, 27 (3), p. 201-207, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbhh/a/KPf53b35B5jDZqSkmtJKkZj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 abr. 2022.

MS. Ministério da Saúde. *Petição 35600/2016 - Ofício nº 00578/2016*. Presta informações em atenção ao Ofício nº 9522/2016. Brasília, 28 de junho de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11296343&prcID=4996495&ad=s#>. Acesso em: 05 jan. 2022.

PAIVA, José Maria de; BITTAR, Marisa; ASSUNÇÃO, Paulo de. *Educação, história e cultura no Brasil Colônia*. São Paulo: Editora Arké, 2007.

PGR. Procuradoria-Geral da União. *Manifestação nº 206.660/2016*. Brasília, 06 de setembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11628644&prcID=4996495&ad=s#>. Acesso em: 05 jan. 2022.

PICKETT, Brent. Homosexuality. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Spring Edition, 2021. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/homosexuality/>. Acesso em: 05 jan. 2022.

PORTUGAL. Ordenações Afonsinas. Livro V, Título XVII, 1446. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg53.htm>. Acesso em: 05 jan. 2022.

PORTUGAL. Ordenações Manuelinas. Livro V, Título XII, 1521. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/15p47.htm>. Acesso em: 05 jan. 2022.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Livro V, Título XIII, 1603. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1162.htm>. Acesso em: 05 jan. 2022.

PSB. Partido Socialista Brasileiro. *Petição Inicial nº 29605/2016*. Brasília, 07 de junho de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=556188097&prcID=4996495#>. Acesso em: 05 jan. 2022.

REIS, Vivian. Jovem processa hemocentro em SP que recusou doação de sangue por ele ser gay. *G1*, São Paulo, 25 de junho de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/06/25/jovem-gay-processa-hemocentro-em-sp-que-recusou-doacao-de-sangue.ghtml>. Acesso em: 10 maio 2022.

ROSSINI, Maria Clara. Antes do SUS, o sangue era comercializado no Brasil. *Superinteressante*, São Paulo, 30 de outubro 2020. Seção Saúde. Disponível em: <https://super.abril.com.br/saude/antes-do-sus-o-sangue-era-comercializado-no-brasil/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1052859-69.2020.8.26.0100/SP*. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Alcides Leopoldo, 29 de julho de 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/7/77B64624D05CA1_doacaosanguegays.pdf. Acesso em: 10 maio 2022.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso*. A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. Rio de Janeiro: Record, 2000.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade*. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivo. São Paulo: Método, 2008.

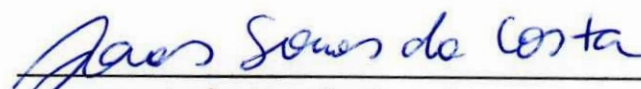
TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Jonas Gomes da Costa

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 41702050, período matutino, turma 10A, tendo realizado o TCC com o título: A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543 e o Ativismo Judicial em Favor dos Homossexuais sob a orientação do(a) Professor(a) Cintia Barudi Lopes declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 18 de maio de 2022.


Assinatura do discente