



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UnICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

MARCONDES ALVES DIAS JÚNIOR

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR
HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS HOMENS**

BRASÍLIA

2017

MARCONDES ALVES DIAS JÚNIOR

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR
HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS HOMENS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.
Orientadora: Prof^a. Doutora Christine Oliveira Peter da Silva.

BRASÍLIA

2017

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço às forças superiores geradoras da vida e de todos os mistérios inerentes a esta. Qualquer que seja, ou quem quer seja esta, que rege o universo tempo-espaço-aqui-agora, obrigado pelo privilégio de poder-estar e chegar até aqui.

À maravilhosa família que tive a sorte de fazer parte. Obrigado por terem sido o substrato que me permitiu germinar e que permanece aqui como alicerce pra que eu continue florescendo. Aos amigos fiéis e leais que estiveram ao meu lado nessa caminhada cheia de altos e baixos.

À comunidade LGBT, com as tantas e todas nuances de sua diversidade. Aquela que vive, sobrevive e renasce todos os dias, com a dor e a delícia de ser o que é, estampadas em suas caras, carnes, vivências e existências.

Continuemos a ocupar cada vez mais espaços!

À todas e todos que fizeram e ainda fazem parte desse processo longo, árduo, doloroso, libertador e diário de empoderamento quanto homoafetivo que não se constrange em dizer o nome de seu amor.

Aos que me ajudam a romper com a vergonha e caminhar rumo ao orgulho.

Como já dizia Bethânia: “Pensou que eu ando só? Atente ao tempo!”.

Eis que é tempo de reparar na balança de nobre cobre que o rei equilibra, fulmina o injusto e deixa nua a justiça.

Contemplado pela sede por justiça, sinto gratidão por poder fazer parte de mais essa pequena revolução.

AVANTE!

“Se tu sentes que não se encaixa neste mundo talvez tenhas vindo contribuir na construção de um novo.”

Autor desconhecido

RESUMO

DIAS JÚNIOR, Marcondes Alves. A (in)constitucionalidade da restrição de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens. 2017. 89 folhas. Monografia (graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

O presente trabalho visa examinar a problemática acerca da (in)constitucionalidade de normas previstas em portarias normativas federais do Ministério da Saúde e da Anvisa, que expressamente impedem homens que fazem sexo com outros homens, e as parceiras sexuais destes, de doarem sangue. A constitucionalidade dos dispositivos é questionada por meio de um parâmetro jurídico alicerçado na teoria do Estado constitucional, que permite corroborar o fato desta proibição restar clara hipótese de discriminação inconstitucional, por afrontar diretamente os seguintes princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana; o direito fundamental à liberdade de autodeterminação e orientação sexual; o direito fundamental à igualdade em seus aspectos formal e material; os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; representando, inclusive, uma contraversão aos objetivos fundamentais da República, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Destarte, o trabalho se presta à confecção de proposta de razões de voto na forma simulada sobre os autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543, ajuizada em Junho de 2016 perante o Supremo Tribunal Federal, que discute o tema abordado, e que restou, até a publicação deste escrito, pendente de apreciação e julgamento pela Suprema Corte.

Palavras-chave: Doação sanguínea. Restrição. Homens que fazem sexo com outros homens. Estado constitucional. Estado de direitos fundamentais. Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL	11
1.1 Novos caminhos do Estado democrático de direito: o Estado constitucional.....	12
1.1.1 Da supremacia normativa da Constituição.....	16
1.1.2 Da perspectiva objetiva dos Direitos Fundamentais.....	19
1.1.3 Da interdependência entre funções de poder.....	22
1.2 Ativismo constitucional como ferramenta essencial à lógica jusfundamentadora.....	23
2 DA RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS HOMENS	30
2.1 Contexto histórico da adoção da restrição: Descoberta do Vírus HIV e o surgimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS	30
2.2 Análise histórica da legislação brasileira sobre a restrição.....	34
2.3 Normatização Atual: Portaria Nº 158/2016 do Ministério da Saúde; e Resolução da Diretoria Colegiada nº 43/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa.....	39
2.4 Nova tendência mundial.....	43
2.4.1 Argentina.....	44
2.4.2 Chile	44
2.4.3 Espanha	45
2.4.4 Estados Unidos da América	46
2.4.5 Colômbia	48
3. UMA PROPOSTA DE VOTO PARA A ADI 5543/2016	51
3.1 O que é a demanda?.....	51
3.1.1 Relatório do caso.....	51
3.1.2 Sobre o mérito do caso.....	52
3.1.3 Sobre o procedimento do caso.....	57
3.2 As razões da demanda.....	58
3.2.1 Dignidade da pessoa humana	59

3.2.2 Direito fundamental à Liberdade.....	62
3.2.3 Direito fundamental à Igualdade.....	66
3.3 Proporcionalidade e Razoabilidade da restrição	69
3.4 Considerações Finais.....	75
CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS.....	80

INTRODUÇÃO

A presente monografia analisará a expressa proibição de doação de sangue por homens homossexuais, bissexuais, e as parceiras sexuais destes, prevista em portarias normativas federais do Ministério da Saúde¹ e da ANVISA², que compõem o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos, e são tidas como normas parâmetro das boas práticas do ciclo de coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, em âmbito nacional, em confronto com os direitos fundamentais expressos na Constituição de 1988.

Com fundamento em uma análise detalhada destas normas, objetiva-se problematizar acerca de como essa restrição a direitos fundamentais, com fundamento unicamente no critério objetivo “orientação sexual”, é tratada na doutrina e em artigos científicos, se utilizando da metodologia dogmático-instrumental, por meio das técnicas bibliográfica e documental.

Questionar-se-á a constitucionalidade desses dispositivos, por meio de um parâmetro jurídico alicerçado na teoria do Estado Constitucional, que nos permita corroborar o fato desta proibição restar clara hipótese de discriminação inconstitucional, por afrontar diretamente os valores e fundamentos mais valiosos do Estado Democrático de Direito³ (dignidade da pessoa humana e cidadania), inclusive, representando uma contraversão aos objetivos fundamentais da República, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e promover o bem de todos, sem

¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>.

Acesso em: 7 jun 2016. Artigo 64, inciso IV: Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes.

² BRASIL. Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Resolução nº 34, de 11 de junho de 2014. Dispõe sobre as boas práticas do ciclo de sangue. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.hemocentro.unicamp.br/dbarquivos/rdc_anvisa_34_2014.pdf

Acesso em: 10 jun 2016. Artigo. 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.

³ BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. Artigo 1º, incisos II e III.

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁴.

O interesse em pesquisar sobre o tema foi despertado pela percepção da ampla relevância social e dos resultados práticos que poderão ser alcançados com tal regulamentação, qual seja, a inclusão de homens homossexuais, bissexuais, e as parceiras sexuais destes, como candidatos aptos à doação de sangue, para que possam contribuir com a mudança da realidade de escassez enfrentada pelos hemocentros, surtindo efeitos positivos na promoção da saúde pública com o aumento considerável do número de possíveis doadores.

Além disso, tem-se como propósito ligado diretamente à temática, o combate à LGBTfobia institucionalizada, caracterizada pela estigmatização e marginalização de pessoas LGBTs, puramente por suas orientações sexuais e identidades de gênero divergentes dos padrões heteronormativos socialmente impostos, servindo como um dos insumos disponíveis para o enfrentamento às diversas formas de violência, simbólicas e físicas, experimentadas por essa parcela da população que é historicamente discriminada, e ainda hoje alijada de direitos nos mais diversos âmbitos da sociedade brasileira.

Para o adequado enfrentamento desta complexa questão jurídica foi eleita a dogmática constitucional contemporânea, denominada pós-positivismo, ou como preferem alguns autores “teoria neoconstitucionalista”, como abordagem necessária, por se tratar de uma metódica que visa colocar o ser humano como eixo principal nas discussões no âmbito jurídico e de reflexão científico-jurídica, tendo como elemento principal o reconhecimento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais deste, com suas conseqüências nos planos da eficácia irradiante, dirigente e horizontal de tais direitos.⁵

No primeiro capítulo se refletirá sobre a mudança de paradigma que há décadas vem ocorrendo no constitucionalismo: o desenvolvimento do atual modelo de Estado Constitucional e um conseqüente avanço rumo a um verdadeiro Estado de

⁴ BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. Artigo 3º, incisos I e IV.

⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4438, ago. de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 7 mai 2016.

Direitos Fundamentais. Posteriormente sendo desenvolvido o conceito de ativismo constitucional, partindo do pressuposto de que é uma ferramenta indispensável à institucionalização desse modelo de Estado Neoconstitucionalista, voltado à máxima concretização de direitos fundamentais, e que por isso não comporta em seu bojo quaisquer normas incompatíveis com os direitos fundamentais, principalmente no tocante à forma como se dá a interdependência entre funções de Poder atualmente.

Outro ponto a ser aprofundado diz respeito ao ativismo social, apontado como desdobramento do ativismo constitucional, por ter sido fator determinante na disseminação do debate acerca da temática, e que, de fato, deu enorme visibilidade ao tema, permitindo, inclusive, que essa questão tenha entrado na pauta do Supremo Tribunal Federal, através do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543, ocorrido em Junho de 2016, que questiona a validade das normas instituidoras dessa proibição, e torna ainda mais urgente a discussão no âmbito acadêmico, devido sua complexidade, bem como a enorme relevância social do tema proposto.

Através desta ótica de Estado forte e implacável no respeito e concretização dos direitos fundamentais, ou seja, partindo de uma concepção de Estado Constitucional que se relaciona intimamente com a Teoria Geral dos Direitos Humanos, é que se poderá rascunhar uma fundamentação que permita concluir pela necessidade de decretação de nulidade das normas que consideram homens que façam sexo com outros homens, e as parceiras sexuais destes, inaptos à doação sanguínea pelo período de 12 meses após o contato sexual.

O segundo capítulo será reservado à análise do contexto histórico da adoção da restrição, à investigação pormenorizada a cerca do fundamento inicial que a inspirou, seguido pelo exame da evolução da legislação e normatização sobre a questão ao longo da história, até chegar aos moldes atuais, analisando-se detalhadamente as normas vigentes sobre o tema. Enfim se explorará mudanças ocorridas nos âmbitos internos de diversos países que suprimiram essa restrição de seus ordenamentos jurídicos.

Por fim, nos moldes do Projeto STF em Pauta⁶, promovido pelo Centro de Estudos Constitucionais – CBEC, o último capítulo do trabalho se presta à confecção de proposta de voto, de forma simulada, na ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543, que levou o objeto deste trabalho à apreciação no Supremo Tribunal Federal, levando em consideração os argumentos trazidos pela parte autora na ADI, bem como os utilizados pelas autoridades e instituições para manter essa proibição e principalmente, a fundamentação jurídico-científica construída ao longo deste trabalho monográfico.

⁶ Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC. Grupo de estudos e pesquisas vinculado ao UniCEUB. Projeto que visa disseminar a participação ativa de alunos de graduação na construção de discursos, ideias e premissas teóricas que dialoguem e possam fazer parte do contexto argumentativo de uma possível decisão futura do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://necdebrasil.wordpress.com/projeto-stf-em-pauta/>. Acesso em: jan 2016.

1 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL

O Estado de direito nasceu no contexto histórico de questionamento da submissão ao poder da monarquia absolutista, com a ideia de um Estado domesticado pelo direito⁷, que tem como princípio básico a eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos, com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes.⁸

Eis o cerne da doutrina do positivismo jurídico, entre a segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX, que implementou o modelo de Estado legislativo de Direito, ou mero Estado de legalidade positiva⁹, quando afirmou o princípio da legalidade como efeito do monopólio estatal da produção jurídica¹⁰. Ou seja, a lei como fonte jurídica exclusiva do direito válido e existente¹¹.

A lei surge então como meta-norma para atuar como limite insubstituível contra o arbítrio dos detentores do poder, bem como único parâmetro de reconhecimento do direito existente.¹²

Este modelo de Estado legal tem como dimensões fundamentais de juridicidade ser um governo de leis gerais e racionais, com uma organização de poder em consonância com um princípio de separação de poderes e divisão de funções típicas e atípicas bem delimitadas, além do reconhecimento de direitos, liberdades e garantias individuais, da garantia de tribunais independentes que atuam fazendo o chamado controle de legalidade das normas.¹³

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Cadernos democráticos, vol. 7. Ed. 1. Gradiva publicações.1999, p. 24.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Cadernos democráticos, vol. 7. Ed. 1. Gradiva publicações.1999, p. 9.

⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 10.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 421.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 421 e 422.

¹² FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 422.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Cadernos democráticos, vol. 7. Ed. 1. Gradiva publicações.1999, p. 20.

Como paradigma jurídico-político da cultura ocidental e do chamado Estado liberal do Ocidente¹⁴, o Estado de direito é aquele que limita o poder estatal, restringindo para que aja apenas na defesa da ordem e segurança públicas, sem que se interfira diretamente em direitos e liberdades individuais básicas assegurados aos cidadãos. Quaisquer intervenções estatais só podem ocorrer caso haja norma devidamente positivada, por meio da representação nos moldes democráticos, pelo Parlamento¹⁵.

Este panorama estatal nos últimos anos, tem se tornado obsoleto ao passo que o chamado pluralismo jurídico tem se expandido e repercutido no diálogo de fontes do direito, principalmente pelo fato de diversos entes terem passado a discutir e comprometer a dita supremacia jurídica estatal baseada na lei.¹⁶

Este é o contexto de surgimento da dogmática constitucional contemporânea, designada de pós-positivismo, teoria neoconstitucional ou ainda Neoconstitucionalismo.¹⁷

Tendo como pano de fundo o pós guerra, essa metódica inaugurou uma nova forma de hermenêutica jurídica, ou seja, de se compreender o direito. Além disso, despertou os estudiosos do direito do século XXI para uma renovada técnica de argumentação jurídica. Trata-se, portanto de um olhar teórico, metodológico e pragmático, voltado à concretização dos valores e objetivos constitucionalmente tutelados.¹⁸

1.1 Novos caminhos do Estado democrático de direito: o Estado constitucional

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, na segunda metade do século XX, o mundo passou a observar a densificação de um modelo de Estado como fórmula política, o

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Cadernos democráticos, vol. 7. Ed. 1. Gradiva publicações.1999, p. 19.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2010, p. 97.

¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 3 – 4.

¹⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 3.

¹⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Brasília: Universidade de Brasília, 2013, p.39.

qual tinha como objetivo modificar profundamente o universo jurídico do Estado de direito legislativo: o Estado Constitucional de Direito.

Nas palavras de Willis Santiago, “dos escombros da 2ª Guerra Mundial emerge, então, uma nova forma jurídica para um Estado de Direito que se precisava também renovar”. Essa imprescindível mudança de paradigma ocorreu por meio de um comprometimento emergente e em grau máximo com o respeito à dignidade humana, tão aviltada durante a Guerra.¹⁹

Esse fenômeno se mostra, inicialmente, como resultado de uma preocupação maior dos diplomas constitucionais com o princípio e fundamento da dignidade da pessoa humana, que passa a ser o alicerce dos sistemas jurídicos, fazendo com que o ser humano em si se torne o eixo de todas as discussões.²⁰

A dignidade humana passa a obter destaque sobre qualquer outra ideia a embasar as formulações jurídicas do pós-guerra, acentuando-se como valor supremo, no qual se contém mesmo a essência do direito que se projeta e se elabora a partir de então.²¹

Dessa forma essas Constituições acabam sendo caracterizadas por um compromisso político com a proteção da dignidade humana.²²

As chamadas Constituições do pós-guerra, segundo os ensinamentos de Miguel Carbonell, tem em comum a característica não se limitarem a estabelecer apenas as competências estatais, ou separar e normatizar o funcionamento dos poderes públicos, mas também contém normas substantivas, com os direitos fundamentais, por exemplo, que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos²³.

¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões. Ano 2012. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf> Acesso em: maio 2016.

²⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado constitucional brasileiro. Brasília: Universidade de Brasília, 2008, p.4.

²¹ SANTOS, Thaysa Prado Ricardo dos. Incentivos à doação de sangue: fomento à dignidade da pessoa humana x comercialização inconstitucional. Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, vol. 1, p. 224, abril/2010. Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/600/564> Acesso em: Julho 2016.

²² SANTOS, Thaysa Prado Ricardo dos. Incentivos à doação de sangue: fomento à dignidade da pessoa humana x comercialização inconstitucional. Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, vol. 1, p. 225, abril/2010. Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/600/564> Acesso em: Julho 2016.

²³ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003. In: Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio. 20 anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198 – 201.

Portanto, os desenvolvimentos teóricos que começam a surgir a partir destes textos constitucionais fortemente substantivos e dotados de imperatividade, passaram não pretender apenas explicar o fenômeno jurídico, mas ir além, buscando contribuir decisivamente na sua modificação.²⁴

Luís Roberto Barroso, objetivando analisar as principais características desta nova proposta de modelo de Estado neoconstitucional e sua metódica jurídica, empreende esforço em reconstituir, de maneira objetiva, sua trajetória percorrida nas últimas décadas²⁵, levando em conta os marcos filosófico e teórico.

Nas palavras do autor, nestes marcos “estão contidas as ideias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.”²⁶

O marco filosófico, denominado de pós-positivismo, compreendeu o desenvolvimento de um novo método interpretativo jurídico, que busca transcender a legalidade estrita, ou mera legalidade, utilizando-se da teoria dos princípios para fazer uma releitura moral do direito, por meio de uma postura concretista, voltada à uma razão substancialmente prática, desaguando, no desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais.

Ainda sob a perspectiva de Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo se apresenta como consequência da superação histórica do jus naturalismo e do fracasso político do positivismo²⁷, que abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.²⁸

²⁴ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003. In: Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio. 20 anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198 – 201.

²⁵ Constitucionalismo este que sofreu profundas transformações nas últimas décadas, levando em consideração a experiência política e jurídica contemporânea ocidental.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf
Acesso em: dez 2016. p. 2 - 5.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf
Acesso em: dez 2016. p. 5.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf
Acesso em: dez 2016. p. 3.

O marco teórico consiste na elaboração de uma renovada dogmática de interpretação jurídica, diretamente ligada à ideia de força normativa superior atribuída à Constituição, que levou à uma expansão da jurisdição constitucional, com uma decorrente valorização e ampliação do papel dos juízes constitucionais.²⁹

Não se trata, entretanto, de uma oposição ao modelo de Estado de direito, mas sim de uma atualização do ideário deste em detrimento daquele. Como caracteriza Christine Peter, o Estado constitucional assume uma função de paradigma atualizador do ideário de Estado de direito, portanto, uma releitura das propostas fundamentais do positivismo³⁰. No mesmo sentido, Pérez Luño assevera que o Estado constitucional de direito não anula o Estado legislativo de direito, apenas o aperfeiçoando.³¹

O modelo de Estado Constitucional, como descrito por Christine, portanto, compartilha com o modelo de Estado de direito todos os seus pressupostos. Desde a preocupação com a supremacia do direito como valor axiológico e axiomático de sua própria existência, até a vinculação a um modelo de descentralização e controle recíproco de poder. Do mesmo modo, se vislumbra em ambos o compromisso com os direitos e garantias fundamentais, apesar da divergente abordagem quanto à argumentação e hermenêutica jurídicas.³²

Nesse contexto, três são os pontos centrais que merecem destaque: a supremacia da Constituição³³; a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais³⁴; e a interdependência entre poderes, aqui tratada como ativismo constitucional.³⁵

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf
Acesso em: dezembro 2016. p. 6.

³⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>.

³¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 12.

³² SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>.

³³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4438, ago. de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: mai 2016.

³⁴ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4438, ago. de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: mai 2016.

1.1.1 Da supremacia normativa da Constituição

Até meados do século XX as constituições eram encaradas como diplomas puramente políticos, limitados à demarcação competências e questões de organização política do Estado. A partir da reconstitucionalização pós 2ª guerra, este cenário começou a ser mudado, quando o *status* de norma jurídica passou a ser atribuído às normas constitucionais.³⁶

Passou-se a reconhecer, então, o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, sendo caracterizado seu status de imperatividade, atributo de todas as normas jurídicas, através do qual sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.³⁷

Pode-se dizer que fenômeno de constitucionalização do direito foi o cerne da ideia de Estado Constitucional, de forma que:

A ideia de constitucionalização do Direito [...] está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.³⁸

³⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Ativismos são necessários no Estado de Direitos Fundamentais. CONJUR: 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/observatorio-constitucional-ativismos-sao-necessarios-estado-direitos-fundamentais>. Acesso em 15 de junho de 2016.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf Acesso em: dezembro 2016. p. 7.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf Acesso em: dezembro 2016. p. 7.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf Acesso em: dezembro 2016. p. 16 -17.

Pérez Luño, ao se debruçar sobre a decantação terminológica do Estado de direito ao paradigma de Estado constitucional, se refere a esse fenômeno como um deslocamento desde a primazia da lei à primazia da Constituição.³⁹

A supremacia jurídica estatal passou a estar comprometida a partir do momento em que começaram a surgir normas, denominadas por Pérez Luño de supra e infra-estatais, que passaram a questionar e comprometer a até então concepção juspositivista, que reconhecia apenas a lei como núcleo essencial da soberania estatal e manifestação do monopólio do sistema de fontes jurídicas.⁴⁰

A premissa da lei dá então lugar à premissa da Constituição, de modo que monopólio da instituição de fontes jurídicas não pertence mais ao Estado, que divide o cenário da produção normativa com variados atores, nacionais e internacionais.⁴¹

A preocupação com o pluralismo jurídico se mostra como consequência desse processo de subversão da hierarquia de fontes nos ordenamentos jurídicos, tendente a abolir o protagonismo hegemônico e monopolístico dos Estados nacionais, na criação do sistema de fontes do direito.⁴²

Isso proporciona uma atuação mais livre aos grupos sociais, que diante de processos como a descodificação e a adoção de soft-laws⁴³, conseguem transformar as realidades sociais, de forma que:

A repercussão expansiva do pluralismo jurídico conduz ao progressivo abandono do princípio da hierarquia normativa em função do que se denominam “sistemas de interlegalidade”, ou seja, da interseção de sistemas de ares e níveis jurídicos sobrepostos e

³⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 2.

⁴⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 2.

⁴¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 63

⁴² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 4.

⁴³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 64

interrelacionados de forma assimétrica, a partir de múltiplas redes de juridicidade.⁴⁴

Além disso, a legalidade estrita, entendida como o respeito formal à lei, foi acrescida de um parâmetro substancial, de forma que os conteúdos e significados das normas devem ser coerentes com os princípios e direitos estabelecidos pela Constituição.

As leis e demais normas, então, passam a ser subordinadas não apenas às normas formais sobre produção, como também às normas substanciais, que dispõem sobre seu significado. A consequência disso é que não são mais admitidas normas legais, cujo significado esteja em contraste com as normas constitucionais.⁴⁵

Na visão de Ferrajoli, esta dimensão substancial associou-se à o próprio conceito de democracia, de modo que:

[...] a constitucionalização de princípios e direitos fundamentais, vinculando a legislação e condicionando a legitimidade do sistema político à sua tutela e satisfação, inseriu de fato na democracia uma dimensão substancial em adendo à tradicional dimensão política ou formal ou meramente procedural. Pretendo dizer que a dimensão substancial da validade do Estado constitucional de Direito se traduz em uma dimensão substancial da própria democracia, da qual representa um limite e ao mesmo tempo um complemento: um limite porque os princípios e os direitos fundamentais se configuram como proibições e obrigações impostas aos poderes da maioria, de outra maneira absolutos; um complemento, porque essas mesmas proibições e obrigações se configuram com outras tantas garantias para a tutela de interesses vitais de todos, contra os abusos de tais poderes que – como a experiência do século recém-passado ensina – poderiam igualmente subverter, juntamente com os direitos, o próprio método democrático.⁴⁶

A ciência jurídica, frente à nova metodologia constitucional, passa a assumir um paradigma epistemológico, que de certo modo investe a cultura jurídica de uma responsabilidade civil e política em relação ao próprio objeto: a efetividade das chamadas normas de princípios fundamentais. A consequência prática desse

⁴⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 4.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 425.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 424.

fenômeno é a tarefa de perseguir, por meio de operações interpretativas ou jurisdicionais ou legislativas, a sua coerência interna e completude.⁴⁷

O paradigma de Estado constitucional, portanto, refere-se a um modelo aberto, resultado do desenvolvimento histórico, e que parte, inicialmente, de uma perspectiva de supremacia da Constituição em detrimento da supremacia da lei.⁴⁸

1.1.2 Da perspectiva objetiva dos Direitos Fundamentais

A principal diferença entre o modelo clássico de Estado de direito e o modelo contemporâneo de Estado constitucional, de acordo com os ensinamentos de Christine Petter, apoiada na teoria de Pérez Luño, é a distinta forma de se conceber os direitos fundamentais sob as perspectivas jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva.⁴⁹

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, nos ensinamentos da autora, se mostra como uma consequência natural do processo de complexificação da sociedade contemporânea, de forma que se perde a condição comum de direitos subjetivos para também ganhar reflexos objetivos, no plano dos institutos e instituições, como verdadeiras garantias objetivas do sistema jurídico-constitucional, dotadas de manifesto caráter jusfundamentador e de valores essenciais incorporados por estas.⁵⁰

A forma jurídica autônoma que se ganha diz respeito à eficácia irradiante, fornecendo impulsos, diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que aponta para a necessidade de desenvolvimento de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, e uma necessária interpretação sistêmica conforme a Constituição.

Esta perspectiva objetiva transforma os direitos fundamentais em verdadeira ordem objetiva de valores a ser observada por todos os atores sociais, ou seja, pelo

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 427.

⁴⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>.

⁴⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Brasília: Universidade de Brasília, 2013, p.45.

⁵⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Brasília: Universidade de Brasília, 2013, p.46.

Estado, pelas instituições de qualquer natureza e pelos cidadãos. Todos passam a ter então os chamados deveres de proteção jusfundamentais.

Em mesmo sentido, Christine Peter assevera:

De acordo com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, tais direitos constituem um conjunto de valores objetivos fundamentais, verdadeiros fins diretos da ação positiva dos poderes públicos e, não, apenas como garantias negativas de interesses individuais. Trata-se de uma virada ontológica da própria função exercida por esses direitos no seio das comunidades nacionais, pois de um valor intrinsecamente ligado à ideia de sujeito, passa a ser o parâmetro de ação de todos os cidadãos e instituições públicas e privadas.⁵¹

Passa-se então de um Estado constitucional de direito à um verdadeiro Estado de direitos fundamentais, que caminha de braços dados com a noção de Estado de direitos humanos.

Ao se referir às facetas desse modelo de Estado, o professor Paulo Otero determina que seu alicerce está contido no respeito pela dignidade da pessoa humana, encontrando-se ao serviço da garantia da inviolabilidade dessa mesma dignidade que é inerente a cada pessoa individual e concreta.⁵²

Trata-se, portanto, de um modelo de sociedade política fundado no respeito pela dignidade da pessoa humana como valor maior, que visa garantir e defender a cultura da vida, sem ignorar que esses objetivos estejam vinculados internacionalmente à tutela dos direitos fundamentais. Esses direitos são encarados como normas constitucionais dotadas de eficácia reforçada, advindas de um poder político democrático, e que visam compor uma ordem jurídica axiologicamente justa.⁵³

Esse verdadeiro Estado de direitos humanos traduz um modelo de sociedade política responsabilizadora das entidades públicas pelos direitos fundamentais. O Estado, bem como as demais entidades públicas, privadas e cidadãos, dentro desse contexto, tem responsabilidade direta na garantia e efetivação dos direitos e

⁵¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. Brasília: Universidade de Brasília, 2013, p.46.

⁵² OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Vol. 1. Lisboa. Editora Almedina, 2007, p. 525.

⁵³ OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Vol. 1. Lisboa. Editora Almedina, 2007, p. 541.

liberdades fundamentais das pessoas. Isso se promove por meio de diversas atitudes, espécies de “normas-tarefa”, implementadas em diversos âmbitos.⁵⁴

As primeiras tarefas referem-se a atitudes, respectivamente negativas (abstenção de agir) e positivas (agir). Primeiramente, devendo haver um posição abstencionista, de não intervenção ou ingerência estatal, em um espaço de liberdade própria do indivíduo e de autonomia da sociedade civil. Uma segunda posição seria a de promover o bem-estar social, através de prestações, atitudes positivas, que levem á concretização destes direitos.

As entidades públicas, neste sentido, devem agir de tal forma que defendam, garantam e respeitem esses direitos e liberdades, não intervindo, a menos que tenha uma justificativa bem construída, com fundamento na garantia da segurança, ou restabelecimento das condições de exercício da liberdade.

Além dessas, deve existir a chamada “função autônoma de combate à discriminação entre seres humanos”, se fazendo muito pertinente ao debate, que seria aquela em que:

[...] as entidades públicas procuram eliminar todas as manifestações de violação do principio da igual dignidade de todos os seres humanos perante a lei, promovendo, simultaneamente, uma acção positiva de inserção social (igualdade social material) e de combate a preconceitos sociais (igualdade social cultural), sem embargo do respeito e da garantia do direito á diferença ao nível da liberdade de opinião de quem defende a discriminação “politicamente incorrecta.”⁵⁵

Portanto, esta perspectiva objetiva dos direitos fundamentais aponta para uma realidade social em que todos, indistintamente, têm o dever constitucional de promover o bem, inspirados pelos objetivos do Estado democrático, por meio das garantias fundamentais. E parte disso diz respeito a se despir de preconceitos infundados.⁵⁶

⁵⁴ OTERO, Paulo. Instituições políticas e constitucionais. Vol. 1.Lisboa. Editora Almedina, 2007, p. 535.

⁵⁵ OTERO, Paulo. Instituições políticas e constitucionais. Vol. 1.Lisboa. Editora Almedina, 2007, p. 535

⁵⁶ RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. In: DIAS, Maria. Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos, 2012, p. 192.

1.1.3 Da interdependência entre funções de poder

Outra característica importante desse modelo de Estado constitucional é o fato de que não há a preocupação com a separação dos poderes nos moldes clássicos propostos por Montesquieu, pois essa transmuda-se para uma interdependência entre as funções de Poder. Dessa forma, a legitimidade democrática perquire uma lógica democrática pluralista, a qual trabalha com o conceito de legitimidade pela visão cooperativa e coordenada de ações compartilhadas entre os diversos atores sociais, estatais nacionais e internacionais⁵⁷.

Acerca dessas funções dos poderes, há uma nova perspectiva metódica, com uma tarefa exigente e indissociável de movimentação das competências constitucionais, de forma colaborativa em direção à concretização dos direitos fundamentais.

Sobre este ponto, observa Christine Peter:

No Estado constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais como meta principal do Estado, as funções de Poder atuam, na medida de suas competências postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora. Qualquer atitude de uma função de poder ou de outra será avaliada com a métrica dos direitos fundamentais, e não mais com a métrica das estritas limitações de competências.⁵⁸

Esta tarefa compartilhada voltada à máxima concretização de direitos fundamentais faz com que se passe a enxergar os mais diversos atores sociais sob uma perspectiva de verdadeiros ativistas constitucionais. Por isso, nesse contexto é essencial que se investigue acerca do conceito de ativismo constitucional como ferramenta essencial à lógica jusfundamentadora num modelo de Estado que propõe ser denominado de Estado de direitos fundamentais, e as implicações decorrentes de seu reconhecimento como vetor importante à ordem política e social.

⁵⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>.

⁵⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>.

1.2 Ativismo constitucional como ferramenta essencial à lógica jusfundamentadora

Atualmente, o Estado Democrático de Direito concebe a supremacia da Constituição e impõe que as autoridades operem o direito de forma coerente com os princípios e valores estabelecidos por esta. No contexto das atuais sociedades pluralistas, tanto quanto proibições existem verdadeiras obrigações impostas a todos os atores sociais, no sentido de atuar de forma colaborativa em direção à concretização desses valores, de forma democrática e cooperativa.⁵⁹

A eficácia irradiante que os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados comportam no atual sistema político/jurídico, fornece diretrizes para que o direito infraconstitucional seja criado, aplicado e interpretado, de forma que se faz vital que esteja em harmonia com uma interpretação sistêmica conforme a Constituição e seus valores maiores.⁶⁰

Nesse contexto, o ativismo constitucional certamente é um instrumento essencial no que se refere à concretização dos valores e objetivos de um Estado que se propõe a ser forte no respeito dos direitos fundamentais de seus cidadãos. Compreenda, talvez, a mais importante ferramenta utilizada tanto na hermenêutica como na argumentação jurídica, mostrando-se como uma das principais consequências da metodologia concretista, pragmática, e voltada à concretização dos direitos fundamentais implementada pelo Estado Constitucional.⁶¹

Essa necessidade de interpretação constitucional por diferentes pessoas e autoridades transforma a todos em verdadeiros ativistas constitucionais, que, necessariamente devem estar vinculados à esta, e, portanto, perseguir os objetivos que a carta maior do Estado indica como os do Estado democrático de direito.

⁵⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Ativismos são necessários no Estado de Direitos Fundamentais*. CONJUR: 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/observatorio-constitucional-ativismos-sao-necessarios-estado-direitos-fundamentais>. Acesso em 15 de junho de 2016.

⁶⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. Brasília: Universidade de Brasília, 2013, p.50-53.

⁶¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Ativismos são necessários no Estado de Direitos Fundamentais*. CONJUR: 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/observatorio-constitucional-ativismos-sao-necessarios-estado-direitos-fundamentais>. Acesso em 15 de junho de 2016.

Quando se utiliza o termo ‘ativismo’ no meio jurídico, é comum remeter-se ao famigerado e amplamente debatido fenômeno do ‘ativismo judicial’. Para efeitos deste trabalho, pretende-se alargar essa visão reducionista do termo “ativismo”, assim trabalhando-se com o conceito de ativismo constitucional, como sendo um fenômeno que abarca, necessariamente, os ativismos legislativo, administrativo e judicial, chegando, inclusive, ao ativismo social.

De acordo com os ensinamentos de Christine Peter, o conceito de ativismo constitucional é:

[...] toda ação que tenha como meta realizar a Constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações sempre complexo e descentralizado, de fazer valer as normas constitucionais jusfundamentais em todas as práticas de poder, seja pelo administrador público, seja pelo legislador, seja pelo juiz.⁶²

Como reflexo da mudança de paradigma positivista proposta pelo advento de do modelo de Estado Constitucional, a forma de se encarar a Constituição como sendo uma ordem objetiva de valores traz como consequência prática a vinculação de todo o ordenamento jurídico aos direitos fundamentais, que irradiam seus efeitos para todos os campos do saber e fazer jurídicos, abandonando sua condição clássica de direitos subjetivos, ou de meras pretensões subjetivas, e reconhecendo-se como um verdadeiro estatuto de proteção aos cidadãos.⁶³

Nesta lógica, pretende-se concentrar esforços dos mais diversos atores sociais, na difícil tarefa de se construir uma dogmática constitucional humanista, através de atitudes ativistas cujas ações e procedimentos metódicos conduzam sempre à concretização dos direitos fundamentais, com base na complexa e multifacetada teoria da dignidade humana, que, naturalmente apela a uma referência cultural e social plural.⁶⁴

⁶² SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Ativismos são necessários no Estado de Direitos Fundamentais*. CONJUR: 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/observatorio-constitucional-ativismos-sao-necessarios-estado-direitos-fundamentais>. Acesso em 15 de junho de 2016.

⁶³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. Brasília: Universidade de Brasília, 2013, p. 52.

⁶⁴ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Ativismos são necessários no Estado de Direitos Fundamentais*. CONJUR: 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/observatorio-constitucional-ativismos-sao-necessarios-estado-direitos-fundamentais>. Acesso em 15 de junho de 2016.

O ativismo constitucional seria aquele inevitavelmente comprometido com a concretização dos direitos fundamentais com efeitos irradiantes, dirigentes e horizontais para todos os âmbitos da vida jurídica, exigindo dos ativistas constitucionais (sejam juízes, legisladores, administradores, órgãos auxiliares da Justiça, ativistas da sociedade civil organizada, etc) um discurso justificador de suas ações e decisões estritamente vinculado à tarefa de tornar concretos os princípios jusfundamentais⁶⁵.

Devem-se levar em consideração as dificuldades inerentes à interpretação constitucional, por ser atividade bastante complexa, implica necessária ponderação de valores, já que concretizar determinado direito fundamental, por vezes, implicam em restrições, concorrências ou colisões com outros direitos fundamentais.⁶⁶ De modo que:

A atitude ativista, nesse âmbito, implica um ônus argumentativo para justificar as ações e decisões a serem tomadas, pois sempre que se está diante da necessidade de reconhecimento da prevalência de um direito fundamental em detrimento de outro, é preciso construir um discurso fundamentado e convincente sobre a decisão tomada, não sendo possível assumir a premissa falaciosa de que somente argumentos jurídicos (e irrefutáveis) estarão em jogo.⁶⁷

Há, portanto, que se levar em consideração a teoria dos princípios, que amplificou o universo das normas jurídicas, passando a compor uma realidade constituída por normas do tipo regras, e normas do tipo princípio. E a interpretação constitucional, atividade complexa que é, deve então buscar harmoniza-las tanto quanto for possível.

Uma das ferramentas jurídicas úteis à esta necessária ponderação de valores, e de certa forma signo do modelo ativista desenvolvido até então, são os princípios/valores da proporcionalidade e da razoabilidade, que, são e devem continuar sendo utilizados pelos mais variados ativistas constitucionais, como

⁶⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Ativismos são necessários no Estado de Direitos Fundamentais. CONJUR: 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/observatorio-constitucional-ativismos-sao-necessarios-estado-direitos-fundamentais>. Acesso em 15 de junho de 2016.

⁶⁶ SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF - limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001, p. 107-108.

⁶⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Ativismos são necessários no Estado de Direitos Fundamentais. CONJUR: 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/observatorio-constitucional-ativismos-sao-necessarios-estado-direitos-fundamentais>. Acesso em 15 de junho de 2016.

critérios de interpretação, objetivando a concretização dos mais diversos direitos fundamentais.⁶⁸

Por certo, não há mais como fugir da pedagogia constitucional como um espaço necessariamente a ser ocupado com a metódica de aplicação e racionalização da concretização dos direitos fundamentais, principalmente sob as perspectivas que visem compreender (hermenêutica) e comunicar (argumentação/linguagem), em tempos de ativismos⁶⁹.

Por fim é necessário que se analise a importância inegável do ativismo judicial na defesa dos direitos fundamentais, neste trabalho encarado como apenas mais uma das manifestações do ativismo constitucional. Afirma Canotilho que, se necessário for, os juízes farão uso do seu *direito de acesso à constituição*, desaplicando e considerando nulas as más leis editadas pelos órgãos do governo da nação (fiscalização judicial da constitucionalidade das leis).⁷⁰

Por isso, normas discriminatórias ou atentatórias contra princípios fundamentais, seja à pessoa específica, ou direcionada à um grupo social determinado, não podem ter espaço em um Estado que se propõe a concretizar verdadeiramente os direitos fundamentais.

Neste sentido, Canotilho em preciosíssimo ensinamento aduz:

As duras leis não podem aniquilar a dignidade da pessoa humana, não podem eliminar o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, não podem disfarçar medidas discriminatórias contra cidadãos ou grupos de cidadãos. Fazer justiça aqui é *desaplicar* as leis injustas violadoras de princípios jurídicos fundamentais⁷¹.

Outro ponto pertinente no contexto proposto, diz respeito à importância do ativismo social, que se apresenta como produto de uma sociedade formada por

⁶⁸ SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF - limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001, p. 108.

⁶⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Ativismos são necessários no Estado de Direitos Fundamentais. CONJUR: 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/observatorio-constitucional-ativismos-sao-necessarios-estado-direitos-fundamentais>. Acesso em 15 de junho de 2016.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Cadernos democráticos, vol. 7. Ed. 1. Gradiva publicações.1999, p. 21.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Cadernos democráticos, vol. 7. Ed. 1. Gradiva publicações.1999, p. 42.

peças e instituições, estatais ou não, que atuam como verdadeiros ativistas constitucionais.

Um fator determinante na disseminação do debate acerca da questão da doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais foi o ativismo social de militantes e ativistas individuais, organizações não governamentais e que, de fato, deu enorme visibilidade ao tema, permitindo que entrasse na pauta dos mais diversos ambientes de discussão política e jurídica, chegando até à Corte Constitucional.

Neste sentido, a campanha mundial 'Wasted Blood', realizada por movimento global de defesa dos direitos da comunidade LGBTI denominado 'All Out'⁷², atua questionando legislações de países que ainda impedem homossexuais de doar sangue.⁷³

O grupo conta com uma fila de espera virtual simbólica, onde milhares de homens homossexuais e bissexuais podem se cadastrar com o objetivo de demonstrar a grande quantidade numérica de possíveis doadores, que se interessam em contribuir com a causa, e que de fato podem ajudar milhares de pessoas que necessitam dessa assistência.

Durante os meses de abril e maio de 2016, membros responsáveis pela campanha encheram um caminhão com 50 mil litros de sangue cenográfico⁷⁴, exposto em bolsas semelhantes às usadas em transfusões reais, que saiu às ruas de São Paulo como forma de protesto, visando mostrar às pessoas quanto sangue é desperdiçado no Brasil diariamente por conta da restrição⁷⁵.

Outra campanha brasileira, chamada 'Igualdade na veia'⁷⁶ também visa dar visibilidade à discussão. Organizada pelo *Grupo Dignidade*⁷⁷, organização não

⁷² ALL OUT. Disponível em: <<http://www.allout.org/pt/>> Acesso em: 07 de jun.2016.

⁷³ WASTED BLOOD. Disponível em: <<http://www.wastedblood.com.br/>> Acesso em: 15 de jun.2016.

⁷⁴ Quantidade estimada de sangue que deixa de ser doado, diariamente, por homens homossexuais, em todo o Brasil, segundo os organizadores da intervenção.

⁷⁵ SUPER PRIDE. Caminhão com sangue gay revela desperdício por puro preconceito. Disponível em: <<http://www.superpride.com.br/2016/04/caminhao-com-sangue-gay-revela-desperdicio-por-puro-preconceito.html/>>

⁷⁶ IGUALDADE NA VEIA. Disponível em: <<http://www.igualdadenaveia.com.br/>> Acesso em: 12 de jun.2016.

governamental que também atua na promoção da cidadania LGBTI, a campanha lançou uma petição online⁷⁸, que até o fim de junho de 2016 contava com 19.261 (dezenove mil, duzentos e sessenta e uma mil) assinaturas, que, através do apoio de internautas, solicitam ao Ministério da Saúde que acabe com as restrições⁷⁹.

Essa necessidade de interpretação constitucional por diferentes pessoas e autoridades transforma a todos em verdadeiros ativistas constitucionais, que, necessariamente devem estar vinculados à esta, e, portanto, perseguir os objetivos que a carta maior do Estado indica como os do Estado democrático de direito. Isso nos remete aos movimentos sociais, que com suas pautas e posições políticas visam defender, sobretudo, direitos de minorias que são frequentemente mitigados.

A dogmática constitucional contemporânea, denominada pós-positivismo, ou como preferem outros autores teoria neoconstitucionalista, foi eleita como abordagem necessária, para o adequado enfrentamento desta complexa questão jurídica, por se tratar de uma metódica que visa colocar o ser humano como eixo principal nas discussões no âmbito jurídico e de reflexão científico-jurídica, tendo como elemento principal o reconhecimento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais deste, com suas consequências nos planos da eficácia irradiante, dirigente e horizontal de tais direitos.⁸⁰

Além disso, o espírito concretista e direcionado para a pragmática, característico desta linha teórica⁸¹, a torna perfeitamente compatível com o enfrentamento dos problemas decorrentes da complexidade da vida real contemporânea, principalmente com relação à realidade de exclusão social

⁷⁷ GRUPO DIGNIDADE. Disponível em: < <http://www.grupodignidade.org.br/>> Acesso em: 08 de jun.2016.

⁷⁸ Disponível em: < https://secure.avaaz.org/po/petition/Congresso_Nacional_Ministerio_da_Saude_Regularizacao_da_doacao_de_sangue_pelos_homossexuais/?pv=9/> Acesso em: 14 de jun.2016.

⁷⁹ A ação social tem como embaixadores Jean Wyllys, o único deputado federal homossexual assumido, e Toni Reis, professor, ativista pelos direitos humanos e um dos idealizadores e principais impulsionadores da criação da ABGLT⁷⁹, fundada em 1995, e desde então é a entidade responsável pelo diálogo com as mais diversas autoridades e instituições de âmbito nacional, sobre as demandas da população LGBTI.

⁸⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4438, ago. de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 7 mai 2016.

⁸¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4438, ago. de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 7 mai 2016.

experimentada por minorias políticas, como, por exemplo, a experimentada pela população LGBTI, seja no âmbito social, político e/ou jurídico.

Atingir-se-á o ponto do não direito quando a contradição entre as leis e medidas jurídicas do Estado e os princípios de justiça (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana) se revele de tal modo insuportável (critério de insuportabilidade) que outro remédio não há senão o de considerar tais leis e medidas como injustas, celeradas e arbitrárias e, por isso, legitimadoras da última razão ou do último recurso ao dispor das mulheres e homens empenhados na luta pelos direitos humanos, a justiça e o direito – o direito de resistência, individual e colectivo.⁸²

Sobre o assunto, Canotilho:

[...] o Estado de direito transporta *princípios e valores* materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz. São eles: a *liberdade* do indivíduo, a *segurança* individual e colectiva, a *responsabilidade e responsabilização* dos titulares do poder, a *igualdade* de todos os cidadãos e a *proibição* de discriminação de indivíduos e de grupos. Para tornar efectivos estes princípios e estes valores o Estado de direito carece de *instituições*, de *procedimentos* de acção e de *formas* de revelação dos poderes e competências que permitam falar de um *poder democrático*, de uma *soberania popular*, de uma *representação política*, de uma *separação de poderes*, de *fins e tarefas* do Estado.⁸³

Essa noção é importantíssima quando se debate sobre questões relacionadas às minorias sociais, como a que se propõe neste trabalho, pois, uma restrição como a referente à proibição de doação de sangue unicamente fundamentada na orientação sexual das pessoas, representa não só uma afronta aos princípios basilares e fundamentais do Estado Democrático de Direito, como também denuncia como um “Estado de não direito” pode estar fazendo parte da realidade, sem que sequer percebamos.

O principal sintoma dessa contradição entre normas e medidas jurídicas estatais demonstra uma posição velada contrária à integração das diversidades, segregando e discriminando quem na verdade o Estado deveria estar acolhendo e protegendo.

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Cadernos democráticos, vol. 7. Ed. 1. Gradiva publicações.1999, p. 14.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Cadernos democráticos, vol. 7. Ed. 1. Gradiva publicações.1999, p. 21.

2 DA RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS HOMOSSEXUAIS E BISEXUAIS

2.1 Contexto histórico da adoção da restrição: Descoberta do vírus HIV e surgimento da Síndrome de imunodeficiência adquirida – AIDS

No final da década de 70, nos Estados Unidos, Haiti e África, começaram a surgir os primeiros casos de uma doença até então desconhecida pela comunidade médica e científica, que iria se tornar, pouco tempo depois, uma verdadeira epidemia mundial.⁸⁴

Nos anos de 1980 e 1981 iniciaram as primeiras preocupações de autoridades de saúde pública norte-americanas em relação à epidemia da nova e misteriosa doença que seria classificada e definida somente em 1982.⁸⁵

Tratava-se da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, popularmente conhecida como AIDS, causada pelo vírus HIV, e caracterizada como um sério distúrbio do sistema imunológico.⁸⁶

No mesmo ano de sua classificação, houve a adoção temporária do nome “Doença dos 5H”, pelo fato de a maioria dos infectados, à época, serem heroínómanos⁸⁷, hemofílicos, hookers⁸⁸, haitianos e homossexuais.⁸⁹

Ainda em 1982, após o primeiro caso de transmissão da doença por meio de transfusão sanguínea, a comunidade médica tomou conhecimento de que os fatores de transmissão estariam diretamente ligados à exposição a sangue e derivados, ao contato sexual, bem como ao uso de drogas.⁹⁰

⁸⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais. História da AIDS. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/2010/257>. Acesso em: 16 de set. 2016.

⁸⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais. História da AIDS. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/2010/257>. Acesso em: 16 de set. 2016.

⁸⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais. O QUE É HIV. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-aids>. Acesso em: 18 de set. 2016.

⁸⁷ Dependentes de heroína injetável.

⁸⁸ Tradução do termo “garotos de programa”, em inglês.

⁸⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais. História da AIDS. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/2010/257>. Acesso em: 16 de set. 2016.

⁹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais. História da AIDS. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/2010/257>. Acesso em: 16 de set. 2016.

No Brasil, o primeiro caso da doença que se tem notícia ocorreu em 1980, e também foi classificado como AIDS apenas em 1982.⁹¹

Em 1983 dois grupos passaram a ser considerados como mais afetados pela epidemia, pelo fato de haver uma alta concentração de diagnósticos de HIV nessas populações: a de homossexuais e de haitianos.

Diante do desconhecimento em relação à nova doença, a comunidade científica passou, então, a considera-los como grupos de altíssimo risco para a infecção, surgindo assim a noção de *grupo de risco à AIDS*, que se difundiu amplamente, especialmente por meio da grande mídia⁹², de modo que:

A prevenção gravitou, nessa época, predominantemente em torno dos grupos de risco e do tema da abstinência e do isolamento: os 'pertencentes' a esses grupos não deveriam ter relações sexuais, doar sangue, usar drogas injetáveis. Os resultados práticos dessas estratégias são já bastante conhecidos: além de êxitos técnicos muito restritos, produziram em grande escala estigma e preconceito.⁹³

Como consequência da ineficácia prática, bem como da inadequação de sua dinâmica em relação à doença, o conceito de grupo de risco, a partir de 1985, entrou em profundo processo de crítica, de forma que:

As estratégias de abstinência / isolamento cederam lugar, assim, às chamadas estratégias de redução de risco, baseadas na difusão de informação, controle dos bancos de sangue, estímulo e adestramento para o uso de *condom* e outras práticas de 'sexo mais seguro', testagem e aconselhamento.⁹⁴

Os primeiros casos de contaminação por meio de transfusão sanguínea começaram, então, a ser detectados já no início da epidemia, o que levou a

⁹¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais. História da AIDS. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/2010/257>. Acesso em: 16 de set. 2016.

⁹² AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA, Ivan Júnior; CALAZANS, Gabriela Junqueira; FILHO, Haroldo César Saletti. O conceito de Vulnerabilidade e as Práticas de Saúde: novas perspectivas e desafios. In. Promoção da Saúde: conceitos, reflexões, tendências. Rio de Janeiro. Editora FIOCRUZ. 2ª Edição: 2009. Organizado por Dina Czeresnia e Carlos Machado de Freitas. p. 124.

⁹⁴ AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA, Ivan Júnior; CALAZANS, Gabriela Junqueira; FILHO, Haroldo César Saletti. O conceito de Vulnerabilidade e as Práticas de Saúde: novas perspectivas e desafios. In. Promoção da Saúde: conceitos, reflexões, tendências. Rio de Janeiro. Editora FIOCRUZ. 2ª Edição: 2009. Organizado por Dina Czeresnia e Carlos Machado de Freitas. p. 124.

comunidade científica mundial a reunir esforços no sentido de aperfeiçoar os métodos de inativação viral, implantando novos procedimentos para triagem laboratorial da doença e demais infecções, com o objetivo de diminuir novos contágios por este meio.⁹⁵

Em relação às transfusões sanguíneas, a maior preocupação dos especialistas dizia respeito ao período inicial da doença, onde o indivíduo contaminado não apresenta sintoma algum, porém podendo transmitir o vírus.

Trata-se da chamada janela imunológica, que consiste no:

[...] intervalo de tempo entre a infecção pelo **vírus da aids** e a produção de anticorpos anti-HIV no sangue. Esses anticorpos são produzidos pelo **sistema de defesa** do organismo em resposta ao HIV e os exames irão detectar a presença dos anticorpos, o que confirmará a infecção pelo vírus. O período de identificação do contágio pelo vírus depende do tipo de exame (quanto à sensibilidade e especificidade) e da reação do organismo do indivíduo. Na maioria dos casos, a sorologia positiva é constatada de 30 a 60 dias após a exposição ao HIV. Porém, existem casos em que esse tempo é maior: o teste realizado 120 dias após a relação de risco serve apenas para detectar os casos raros de soroconversão – quando há mudança no resultado. Se um teste de HIV é feito durante o período da janela imunológica, há a possibilidade de apresentar um falso resultado negativo. Portanto, recomenda-se esperar mais 30 dias e **fazer o teste** novamente.⁹⁶

A partir destas descobertas passou-se a reconhecer que o fornecimento de transfusões de sangue era um vetor de transmissão importante e que deveria ser regulamentado de forma a diminuir os eventuais riscos de infecção.

Neste contexto começaram a surgir legislações e políticas públicas, em todo o mundo, com o objetivo de impedir, definitivamente ou temporariamente, que determinados grupos doassem sangue, tendo em vista os contatos sexuais que tiveram, bem como o uso de drogas, para garantir que não houvesse mais infecções através das transfusões. Surgem então as primeiras regras proibitivas de doação de sangue por homossexuais ao redor do mundo.

⁹⁵ YAMADA TANAKA, Mirtha Susana; ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA, Aline. Homens que fazem sexo com homens e a análise ética da triagem dos doadores de sangue no Brasil. Conselho Federal de Medicina. Revista Bioética, vol. 18, núm. 3. Ano 2010, p. 590. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533254007> Acesso em 2 de jun. 2016.

⁹⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-janela-imunologica>. Acesso em: 3 de fev, 2017.

Inspirando as proibições vitalícias para doação de sangue por esta população, a Food and Drugs Administration (FDA), agência federal de saúde americana, em setembro de 1985, emitiu recomendação no sentido de tornar definitivamente excluídos do rol de possíveis doadores de sangue todos os homens que tivessem feito sexo com outros homens, em qualquer momento, desde 1977.⁹⁷

A partir disso, as manifestações de homossexualidade masculina passaram a ser relacionadas à AIDS. A associação da doença com o fenômeno da homossexualidade chegou a tal ponto que a imprensa e opinião pública passaram a se referir à AIDS como GRID (Gay Related Immunodeficiency⁹⁸), ou ainda *câncer gay*, *peste gay* ou *peste rosa*.⁹⁹

Criou-se, então, um estigma que certamente reprimiu a ideia de homossexualidade como doença.¹⁰⁰

Até então inexistiam técnicas para investigar e diagnosticar a existência do vírus HIV no sangue. Em 1985 foram desenvolvidos os imunoenaios de 1ª geração, que consistia no primeiro ensaio disponível comercialmente para detectar a doença.

Desenvolveu-se então, as 2ª, 3ª e, por fim, mais recentemente a 4ª geração dos imunoenaios. A janela de soroconversão da doença, já no primeiro imunoenensaio, compreendia o período de 6 a 8 semanas. Nos ensaios de 2ª geração compreendeu o período de 28 a 30 dias.

⁹⁷ CASEY, Shawn Carroll. Illicit Regulation: A Framework for Challenging the Procedural Validity of the Gay Blood Ban. In: Food and Drug Law Journal, vol. 66, n. 4, pp. 551-568, 2011, p. 551.

⁹⁸ LAWRENCE K. Altman. New Homosexual Disorder Worries Health Officials. New York Times Journal, 1982. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1982/05/11/science/new-homosexual-disorder-worries-health-officials.html?pagewanted=all>

⁹⁹ DANIEL, Herbert; PARKER, Richard, AIDS: a terceira epidemia. São Paulo: Iglu Editora, 1991. In: TERTO, Veriano Junior. Homossexualidade e saúde: desafios para a terceira década de epidemia de HIV/AIDS. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 8, n. 17, Junho de 2002, p. 148.

¹⁰⁰ O Conselho Federal de Medicina tratava o fenômeno da Homossexualidade [302.0], de acordo com a Classificação Internacional de Doenças, como pertencente à categoria de Desvios e Transtornos sexuais [301]. Apenas fevereiro de 1985 se transferiu o diagnóstico deste fenômeno para a categoria de outras circunstâncias psicossociais [V. 62].

Em Maio de 1990, a Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou o código 302.0, referente à homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças (CID), pondo fim, portanto, à sua patologização. REIS, Toni. Avanços e desafios para os direitos humanos das pessoas LGBT. In: Minorias Sexuais – Direitos e Preconceitos. Coordenado por Tereza Rodrigues Vieira. Editora Consulex, 1ª ed. 2012, p. 56.

Os ensaios de 3ª geração diminuiram esta janela para 22 a 25 dias. Já nos ensaios de quarta geração, os mais atuais, a janela diagnóstica cai para 15 dias, em média.¹⁰¹

Nas últimas décadas, com o desenvolvimento científico e tecnológico, outras gerações de imunoenaios foram desenvolvidas conforme a tecnologia e a metodologia na detecção do vírus foi evoluindo, até que, atualmente já se utilizam testes de altíssima sensibilidade.

Superado o exame dos fundamentos iniciais e históricos que deram origem à essa restrição, para que se compreenda como se chegou aos moldes da normatização atual sobre o assunto, é de imprescindível importância que se explore antecipadamente como se deu a evolução da legislação, normatização e regulamentação dos procedimentos de hemoterapia em nível nacional.

2.2 Análise histórica da legislação brasileira sobre a restrição

De fato os gravíssimos incidentes envolvendo a transmissão de HIV e outras infecções por meio de transfusões de sangue fizeram com que o Brasil, na esteira de inúmeros outros países que também enfrentavam a epidemia de AIDS, adotasse várias medidas institucionais e legais visando a garantia da segurança nas transfusões de sangue.¹⁰²

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, no § 4º de seu artigo 199 determinou:

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

Nesta esteira, a Lei nº 7.649, promulgada em Janeiro de 1988, estabeleceu a obrigatoriedade do cadastramento de doadores de sangue e a realização de exames

¹⁰¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. Manual técnico para diagnóstico da infecção pelo HIV. Brasília, 2014. P. 30 e 31.

¹⁰² YAMADA TANAKA, Mirtha Susana; ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA, Aline. Homens que fazem sexo com homens e a análise ética da triagem dos doadores de sangue no Brasil. Conselho Federal de Medicina. Revista Bioética, vol. 18, núm. 3. Ano 2010, p. 592. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533254007> Acesso em 2 de jun. 2016.

laboratoriais em todo e qualquer sangue coletado, visando prevenir a propagação de doenças.¹⁰³

O mesmo diploma legal determinou que estes testes laboratoriais devessem ser realizados, obrigatoriamente, para detectar não só a Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS), como também doenças como Hepatite B, Sífilis, Doença de Chagas e Malária.¹⁰⁴

Além disso, a Lei nº 7.649 de 1988 delegou competência normativa ao Ministério da saúde para definir, através de portarias, a inclusão de testes laboratoriais, sempre que houvesse a necessidade de proteger a saúde dos doadores e receptores e os testes estivessem disponíveis, bem como determinar quais reagentes e técnicas deveriam ser utilizadas para testagem do sangue e seus componentes.¹⁰⁵

Em fevereiro do mesmo ano, foi editado o Decreto nº 95.721, que determinou os requisitos mínimos para licenciamento, pelos órgãos de vigilância sanitária Estaduais ou Distritais, a ser concedida aos órgãos, entidades e profissionais médicos, que na forma da lei, executem atividades hemoterápicas, visando assim, maior controle das autoridades competentes, bem como a máxima qualidade e segurança do procedimento.¹⁰⁶

Em Agosto de 1989, o Ministério da Saúde, pela primeira vez após o início da epidemia de AIDS, editou as normas técnicas a ser aplicadas à coleta, processamento e transfusão de sangue. Tratou-se da Portaria nº 721 que estabeleceu a triagem sorológica em todas as unidades de sangue coletado, através de exames técnicos laboratoriais de alta sensibilidade¹⁰⁷, bem como a exclusão, por

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando prevenir a propagação de doenças.

¹⁰⁴ BRASIL. Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando prevenir a propagação de doenças. Vide art. 3º.

¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando prevenir a propagação de doenças. Vide artigo 4º.

¹⁰⁶ BRASIL. Decreto nº 95.721, de 11 de Fevereiro de 1988. Regulamenta a Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988, que "estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando prevenir a propagação de doenças". Vide artigo 1º.

¹⁰⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 721, de 9 de agosto de 1989. Aprova normas técnicas para a coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras

10 (dez) anos, dos parceiros sexuais de indivíduos expostos a fatores de risco para SIDA/AIDS.¹⁰⁸

Já em Novembro de 1993, o Ministério da Saúde, seguindo a recomendação da FDA, editou a Portaria 1.376 estabelecendo a exclusão definitiva de indivíduos que se enquadravam em três hipóteses: 1) que tivessem sorologia positiva para HIV; 2) que fossem pertencentes ou que já tivesse pertencido aos considerados grupos de risco à AIDS; 3) que tinham como parceiro sexual indivíduos que se incluíssem em qualquer destes grupos de risco.¹⁰⁹

Em Março de 2001, foi promulgada a Política Nacional do Sangue, Componentes e Derivados, por meio da Lei 10.205, com o objetivo de regulamentar o § 4º do artigo 199 da Constituição, trazendo normas gerais quanto à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, instituindo, então, o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades.¹¹⁰

Nesta Política Nacional do Sangue, Componentes e Derivados, se reafirmou a instituição da competência do Ministério da Saúde em promover as medidas indispensáveis ao desenvolvimento institucional e à capacitação gerencial e técnica da rede de unidades que integram o SINASAN¹¹¹, além de regulamentar o que concerne à organização, de forma hierárquica e integrada, da rede nacional de Serviços de Hemoterapia, quer sejam públicos ou privados, com ou sem fins lucrativos.¹¹²

providências. Brasília: Anvisa; [acesso 03 jun 2016]. Disponível em: http://www.hemoce.ce.gov.br/images/Artigos/721_89%20hemovigilancia.pdf. Item 5.1

¹⁰⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 721, de 9 de agosto de 1989. Aprova normas técnicas para a coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências. Brasília: Anvisa; [acesso 03 jun 2016]. Disponível em: http://www.hemoce.ce.gov.br/images/Artigos/721_89%20hemovigilancia.pdf. Item 2.4.

¹⁰⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.376, de 19 de novembro de 1993. Aprova alterações na Portaria nº 721/GM, de 9 de agosto de 1989, que aprova normas técnicas para coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências. [acesso em 15 jun 2016]. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAkKYAJ/portaria-n-1-376-19-novembro-1993>.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº 10.205/2001. 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.

¹¹¹ Sigla para Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados.

¹¹² BRASIL. Lei nº 10.205/2001. Regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e

Meses depois, em Outubro de 2001 foi editado o Decreto nº 3.990, que regulamentou a organização e o funcionamento do Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados – SINASAN, integrante do Sistema Único de Saúde – SUS, que tem como uma de suas finalidades principais a implementação da Política Nacional de Sangue, Componentes e Derivados.¹¹³

O artigo 5º da Lei 10.205/2001, que institui a Política Nacional de Sangue, dispõe que o Ministério da Saúde, por intermédio do órgão definido em seu regulamento, elaborará as Normas Técnicas e demais atos regulamentares que disciplinarão as atividades hemoterápicas, conforme disposições, princípios e diretrizes da Política Nacional.¹¹⁴

Em Dezembro de 2002, a Anvisa por meio de sua Diretoria Colegiada editou a Resolução nº 343, relativizando esta exclusão definitiva, instituindo, norma menos rigorosa.¹¹⁵

A nova normatização deixou de excluir definitivamente pessoas pertencentes a grupos de risco, determinando apenas a inabilitação, por 12 meses, do que intitulou “pessoas que tenham sido expostas à situação de risco acrescido”, assim, incluindo homens que tenham feito sexo com outros homens, e as parceiras sexuais destes, como doadores inaptos, nos termos do item B.5.2.7.3 da referida portaria, que se transcreve a seguir:

B.5.2.7.3 - Situações de Risco Acrescido

- a) Serão inabilitados de forma permanente como doadores de sangue os candidatos que tenham evidências clínicas ou laboratoriais de doenças infecciosas que sejam transmitidas por transfusão sanguínea.

derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. Vide artigos 8º, § 2º e 11.

¹¹³ BRASIL. Decreto nº 3.990/2001. Regulamenta o art. 26 da Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001, que dispõe sobre a coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades.

¹¹⁴ BRASIL. Lei nº 10.205/2001. 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.

¹¹⁵ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 343, de 13 de dezembro de 2002. Aprova o regulamento técnico para a obtenção, testagem, processamento e controle de qualidade de sangue e hemocomponentes para uso humano. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 2003. Seção I, p. 40-50. Disponível também em: http://www.aep.org.br/doc/resolucao_rdc_343_de_13_de_dezembro_de_2002.pdf

b) Serão inabilitados de forma permanente os candidatos que tenham doado a única unidade de sangue transfundida em um paciente que tenha apresentado soroconversão para hepatite B ou C, HIV, ou HTLV, sem ter qualquer outra causa provável para a infecção.

c) Serão inabilitados por 12 meses após a cura, os candidatos a doador que tiveram alguma Doença Sexualmente Transmissível - D S T.

d) Serão inabilitados por um ano, como doadores de sangue ou hemocomponentes, os candidatos que nos 12 meses precedentes tenham sido expostos a uma das situações abaixo: • Homens e ou mulheres que tenham feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas, e os parceiros sexuais destas pessoas; • Homens e ou mulheres que tenham tido mais de três parceiros sexuais; • Pessoas que tenham feito sexo com parceiro ocasional ou desconhecido incluindo casos de estupro; • Homens que tiveram relações sexuais com outros homens e as parceiras sexuais destes; • Homens ou mulheres que tenham tido relação sexual com alguém com uma prova positiva para HIV, Hepatite B, Hepatite C ou outra infecção transmissível pelo sangue; • Pessoas que estiveram detidas em instituição carcerária ou policial; • Pessoas que tenham realizado tatuagem; • Pessoas que tenham apresentado exposição não estéril a sangue ou outro material de risco biológico; • Pessoas que sejam parceiros sexuais de hemodialisados e de pacientes com história de transfusão sanguínea; • Pessoas que tiveram acidente com material biológico e em conseqüência apresentaram contato de mucosa e ou pele com o referido material biológico.¹¹⁶

Esta Resolução foi revogada em 2004, pela Resolução nº 153, também da Diretoria Colegiada da Anvisa, que manteve a determinação quanto à proibição de doação de sangue, por 12 meses, por indivíduos que tivessem vivenciado alguma das situações de risco acrescido, incluindo homens que tenham tido relação sexual com outros homens, e as parceiras sexuais destes.¹¹⁷

¹¹⁶ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 343, de 13 de dezembro de 2002. Aprova o regulamento técnico para a obtenção, testagem, processamento e controle de qualidade de sangue e hemocomponentes para uso humano. Item B.5.2.7.3. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 2003. Seção I, p. 40-50. Disponível também em: http://www.aeap.org.br/doc/resolucao_rdc_343_de_13_de_dezembro_de_2002.pdf.

¹¹⁷ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 153, de 14 de junho de 2004. Determina o Regulamento técnico para os procedimentos hemoterápicos, incluindo a coleta, o processamento, a testagem, o armazenamento, o transporte, o controle de qualidade e o uso humano de sangue, e seus componentes, obtidos do sangue venoso, do cordão umbilical, da placenta e da medula óssea. Item B.5.2.7.2. Disponível em: http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexo_7_0.pdf. Acesso em: ago 2016.

Além disso, a Resolução nº 153 instituiu outras inabilitações com fundamento em causas diversas como idade, uso de determinados medicamentos, doenças infecciosas, e as já anteriormente determinadas “situações de risco acrescido”.¹¹⁸

Feita as análises quanto ao contexto histórico da adoção da restrição, suas motivações, bem como da evolução da legislação e normatização da questão ao longo da história no âmbito nacional, para fins de compreensão e aprofundamento do arcabouço normativo a que se refere, passa-se então ao exame pormenorizado das atuais normas reguladoras do tema, objetos da ação direta de inconstitucionalidade em estudo.

2.3 Normatização atual: Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde

Atualmente a norma competente a regular a atividade hemoterápica atualmente no Brasil é o Regulamento Técnico de Procedimentos Hemoterápicos, de competência do Ministério da Saúde.¹¹⁹

Tendo em vista a necessidade de revisão de aspectos técnicos pontuais, bem como à harmonização com as normativas sanitárias da área, este regulamento técnico deve ser revisto, de tempos em tempos, e redefinido de forma a se adequar às mudanças no cenário epidemiológico, às evoluções tecnológicas e outros fatores relevantes e que visam manter a qualidade dos materiais coletados, bem como aumentar a segurança dos procedimentos.

O Regulamento Técnico de Procedimentos Hemoterápicos em vigor foi redefinido por meio da Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016.¹²⁰ Dentro de suas competências, estas disposições fixam, conforme os princípios e diretrizes da Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados, as normas referentes à captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem,

¹¹⁸ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 153, de 14 de junho de 2004. Disponível em: http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexo_7_0.pdf. Acesso em: ago 2016.

¹¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>. Acesso em: jun 2016.

¹²⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>. Acesso em: jun 2016.

distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados, originados do sangue humano venoso e arterial, para diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças.

Segundo essa normatização, o procedimento de doação de sangue deve se iniciar com uma entrevista individual do possível doador, realizada por profissional de saúde devidamente qualificado, de nível superior, conhecedor das regras previstas no regulamento, e sob supervisão médica, em ambiente que garanta a privacidade e o sigilo das informações prestadas.¹²¹

O objetivo da entrevista é o de avaliar os antecedentes pessoais e médicos do candidato à doação, bem como o atual estado de saúde deste. Este procedimento preliminar determina se a coleta do material sanguíneo poderá ser realizada sem causar prejuízo ao doador, e se a transfusão dos componentes sanguíneos preparados a partir desta doação pode vir causar algum tipo de risco também para os receptores.¹²²

O artigo 36 da referida portaria elenca as medidas e critérios básicos voltados à proteger os doadores, onde se analisa certos requisitos fundamentais à garantia de sua saúde.¹²³ São analisados, também, a história médica e os antecedentes patológicos do doador, com base nas doenças e antecedentes que contraindicam definitiva ou temporariamente a doação de sangue.¹²⁴

¹²¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Brasília, 2016. Vide artigo nº 35. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf> Acesso em: jun 2016.

¹²² BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>. Acesso em: 7 jun 2016. Vide artigo nº 35.

¹²³ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Art. 36. Com a finalidade de proteger os doadores, serão adotadas, tanto no momento da seleção de candidatos quanto no momento da doação, as seguintes medidas e critérios estabelecidos neste regulamento: I – a frequência anual máxima de doações e o intervalo mínimo entre as doações; II – as idades mínima e máxima para doação; III – a massa corpórea mínima; IV – a aferição do pulso; V – a aferição da pressão arterial; VI – os níveis de hematócrito/hemoglobina; VII – a história médica e os antecedentes patológicos do doador; VIII – a utilização de medicamentos; IX – as hipóteses de gestação, lactação, abortamento e menstruação; X – o jejum e a alimentação adequada; XI – o consumo de bebidas alcoólicas; XII – os episódios alérgicos; XIII – as ocupações habituais; e XIV – o volume a ser coletado.

¹²⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>. Acesso em: 7 jun 2016. Vide artigo nº 43.

Já o artigo 52 da referida Portaria, elenca as medidas e critérios que tem por finalidade a proteção da saúde dos receptores, determinando que deva existir uma avaliação dos aspectos gerais do candidato, que deve apresentar aspecto saudável, demonstrar bem-estar geral, com uma temperatura corpórea considerada normal. É analisada a condição de imunizações e vacinações, o histórico de eventuais transfusões recebidas pelo doador, bem como o histórico de doenças infecciosas, enfermidades virais, doenças parasitárias, ou enfermidades bacterianas. Eventual histórico cirúrgico e de procedimentos invasivos também é examinado nesta fase.¹²⁵

Após essa análise preliminar, qualquer pessoa que tenha apresentado sintomas conhecidos de doenças sexualmente transmissíveis é imediatamente excluída da seleção.¹²⁶

Nesta altura do procedimento, caso o candidato tenha correspondido positivamente aos critérios de proteção anteriormente citados, é, então, questionado sobre seu estilo de vida e eventuais situações e comportamentos que possam o ter levado a ter risco acrescido de infecções sexualmente transmissíveis. O candidato à doação passa a ser questionado, então, se foi exposto à situações, capazes de o tornar inapto à doação, pelo período de 12 (doze) meses.¹²⁷

Considera-se então como doador inapto temporário aquele indivíduo que se encontra impedido de doar sangue para outra pessoa por determinado período de

¹²⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Art. 52. Com a finalidade de proteger os receptores, serão adotadas, tanto no momento da seleção de candidatos quanto no momento da doação, a avaliação das seguintes medidas e critérios de acordo com os parâmetros estabelecidos por este regulamento: I – aspectos gerais do candidato, que deve ter aspecto saudável à ectoscopia e declarar bemestar geral; II – temperatura corpórea do candidato, que não deve ser superior a 37oC (trinta e sete graus Celsius); III – condição de imunizações e vacinações do candidato, nos termos do Anexo IV; IV – local da punção venosa em relação à presença de lesões de pele e características que permitam a punção adequada; V – histórico de transfusões recebidas pelo doador, uma vez que os candidatos que tenham recebido transfusões de sangue, componentes sanguíneos ou hemoderivados nos últimos 12 (doze) meses devem ser excluídos da doação; VI – histórico de doenças infecciosas; VII – histórico de enfermidades virais; VIII – histórico de doenças parasitárias; IX – histórico de enfermidades bacterianas; X – estilo de vida do candidato a doação; XI – situações de risco vivenciadas pelo candidato; e XII – histórico de cirurgias e procedimentos invasivos.

¹²⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>. Acesso em: 7 jun 2016. Vide artigo nº 55, Parágrafo único.

¹²⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>. Acesso em: 7 jun 2016. Vide artigo nº 55.

tempo¹²⁸, em virtude de se enquadrar em uma das hipóteses do artigo 64 da portaria, que elenca situações consideradas de risco acrescido.

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.

Conforme o inciso IV do artigo 64, qualquer homem que tenha mantido algum tipo de contato sexual com outro homem, nos 12 meses que antecederem a tentativa de doação, e assim o declarar nesta primeira fase de triagem, será, de pronto, considerado inapto para a doação sanguínea.

Ou seja, de acordo com a normatização sobre hemoterapia, os candidatos homossexuais, bissexuais, ou HSH¹²⁹, mesmo antes de ter seu material sanguíneo colhido e submetido a exames laboratoriais, é eliminado do procedimento.

¹²⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>. Acesso em: 7 jun 2016. Vide artigo 5º, inciso XIX.

¹²⁹ Sigla utilizada para se referir à homens que tenham se relacionado sexualmente com outro homem, seja eventualmente ou frequentemente, que não necessariamente se identificam com a

Apesar da tentativa de concentrar esforços em manter a segurança das transfusões sanguíneas, as portarias brasileiras referidas se baseiam em um contexto antigo relacionado ao histórico de ignorância e despreparo da ciência para lidar com a epidemia de AIDS. Porém, a realidade aponta para um novo contexto, totalmente dissociado daquele marcado pelo desconhecimento em relação à doença, pela insegurança quanto aos métodos de inativação viral, prevenção e controle da epidemia, levando diversos outros países a reverem normas como estas.

2.4 Nova tendência mundial

A epidemia da AIDS, na década de 1980 fez com que a grande maioria dos países do mundo desenvolvessem políticas e legislações visando o controle e a diminuição de transmissões do vírus HIV. A proibição de certos grupos quanto à doação de sangue, com o objetivo de garantir a segurança transfusional foi uma dessas importantes medidas.

Graças aos avanços científicos e tecnológicos ocorridos nas últimas décadas, bem como o maior e melhor acesso à informações seguras sobre o vírus HIV, tem se observado uma verdadeira evolução na luta contra a AIDS, indicando um maior controle e estabilização da epidemia.

Como consequência destes fatores, houve profundas mudanças nos dados epidemiológicos das mais diversas populações, bem como a estabilização de novos contágios, criando um novo contexto relacionado à síndrome.

Diante deste contexto, as comunidades científica e médica, bem como instituições sociais que lutam pela igualdade sexual e de gênero dos mais variados países ao redor do mundo, vem debatendo intensamente sobre a revisão das normas restritivas que dizem respeito à doação sanguínea por homossexuais, bissexuais, HSH e as parceiras sexuais destes, bem como sobre possibilidade de instituição de normas menos restritivas e que mantenham a segurança transfusional.

orientação sexual homossexual ou bissexual. Aqui inclui-se também os que tenham sido estuprados, ou tiveram uma única prática sexual por curiosidade.

Levando em consideração esta nova realidade, os tópicos que seguem se prestam à análise de algumas mudanças ocorridas nos âmbitos internos de diversos países, no sentido de questionamento e discussão da restrição ou proibição.

2.4.1 Argentina

Após quase uma década de pressão popular realizada por grupos de defesa LGBT, em Setembro de 2015, a Argentina deixou de proibir a doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais.¹³⁰

O Ministério da Saúde argentino decidiu suspender antiga norma que proibia homens homossexuais e bissexuais de doarem sangue, e substituir o antigo critério baseado no conceito de grupos de risco, por uma abordagem médica que prioriza o estado de saúde e as condições clínicas dos pretensos doadores, baseando a política pública de doação de sangue em informações científicas e técnicas.¹³¹

Con el objetivo de avanzar hacia un Sistema Nacional de Sangre seguro, solidario e inclusivo, el ministerio de Salud de la Nación, a cargo de Daniel Gollan, presentará mañana los nuevos requisitos para donar sangre en el marco de las políticas sanitarias impulsadas por esta cartera y en particular desde el Plan Nacional de Sangre, con el objetivo de poner fin a una larga historia de discriminación institucional hacia la comunidad LGTB (Lesbianas, gays, transexuales y bisexuales).¹³²

2.4.2 Chile

Em abril de 2013 o Chile anulou a lei que determinava a orientação sexual como critério de exclusão de homossexuais e bissexuais. O Ministério da Saúde

¹³⁰ THE HUFFINGTON POST. Argentina lifts ban on gay men donating blood. Disponível em: http://www.huffpostbrasil.com/entry/argentina-gay-blood-ban_us_55ff91d9e4b00310edf79884 Acesso em: fev 2017.

¹³¹ GLOBOVISION. Argentina levanta restricciones para que donen sangre homosexuales. Disponível em: <http://archivo.globovision.com/argentina-levanta-restricciones-para-que-donen-sangre-homosexuales/> Acesso em: fev 2017.

¹³² ARGENTINA. MINISTERIO DE SALUD. Ministerio de Salud pone fin a la discriminación por la orientación sexual para donar sangre. Disponível em: http://www.msal.gov.ar/prensa/index.php?option=com_content&view=article&id=2846:ministerio-de-salud-pone-fin-a-la-discriminacion-por-la-orientacion-sexual-para-donar-sangre&catid=6:destacados-slide2846. Acesso em: jan 2017.

chileno editou a norma técnica geral nº 0146/2013, que passou a regular o procedimento de atenção aos doadores de sangue desde então.¹³³

Com o auxílio do chamado Movimento de Integração e Libertação Homossexual - MOVILH¹³⁴ na elaboração do documento, a normatização nova deixou de trazer qualquer restrição à doação por HSH, baseando a seleção de doadores, desde então, apenas em “critérios estritamente técnicos e de segurança, sem condições de discriminação arbitrária como orientação sexual, política, religião ou de qualquer outra índole neste sentido”.¹³⁵

Dentro de los objetivos sanitarios planteados en materia de donación, el Ministerio de Salud pretende aumentar el porcentaje de donantes altruistas, y con ello, además, disminuir el riesgo de transmisión transfusional de agentes infecciosos. En respaldo de esto último, existe evidencia internacional respecto que los Donantes Altruistas, que donan de manera repetida (dos o más veces en un año), presentan tasas muy bajas de infecciones transmisibles por transfusión y son por tanto la fuente de sangre de menor riesgo para los receptores de transfusiones.¹³⁶

2.4.3 Espanha

Em 2005, com a promulgação do Real Decreto 1088 o país já instituiu normas que não utilizavam o critério ‘orientação sexual’ como excludente de possíveis doadores, fazendo referência apenas à exclusão de pessoas cuja conduta possui risco elevado de contrair enfermidades infecciosas graves passíveis de transmissão por meio de material sanguíneo, como relações sexuais sem preservativo, com variados parceiros, ou relação desprotegida com desconhecidos.¹³⁷

¹³³ CHILE. MINISTERIO DE SALUD. Norma General Técnica nº 0146. Norma que regula el procedimiento de atención de donantes de sangre. Disponible em: <http://www.hematologia.org/bases/arch1087.pdf> Acesso em: fev 2017.

¹³⁴ El Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) es desde el 28 de junio de 1991 un organismo defensor de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT), cuyas intervenciones son de alcance nacional y abarcan los ámbitos sociales, culturales, políticos, económicos, jurídicos y legislativos. Disponible em: <http://www.movilh.cl/quienes-somos/presentacion/> Acesso em: fev 2017.

¹³⁵ EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. Chile anula lei que proibia gays de doarem sangue. Disponible em: <http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2013/04/chile-anula-lei-que-proibia-gays-de-doar-sangue> Acesso em: fev 2017.

¹³⁶ CHILE. MINISTERIO DE SALUD. Norma General Técnica nº 0146. Norma que regula el procedimiento de atención de donantes de sangre. P. 2. Disponible em: <http://www.hematologia.org/bases/arch1087.pdf> Acesso em: fev 2017.

¹³⁷ ESPANHA. MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Real Decreto 1088 de 16 de septiembre de 2005. Establece los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros

2.4.4 Estados Unidos da América

A Food and Drugs Administration (FDA), agência federal de saúde americana, desde 1985 regulamenta a questão de doação de sangue por meio da recomendação de que se tornassem definitivamente excluídos do rol de possíveis doadores de sangue todos os homens que tivessem feito sexo com outros homens, em qualquer momento, desde 1977.¹³⁸

Em Maio de 2015 o então presidente dos Estados Unidos da América recomendou a revisão da proibição. Nos termos de sua proposta, a proibição vitalícia deveria ser substituída por uma restrição temporária, de modo que homens que tivessem qualquer tipo de relação sexual com outros homens, nos 12 meses anteriores à doação, estariam restritos à doação.¹³⁹

O principal argumento utilizado pra converter a proibição em restrição temporária foi o de que já existem evidências científicas que apontam para a ineficácia da proibição vitalícia ao longo do tempo, incluindo experiências positivas de outros países que já substituíram suas políticas de sangue por medidas menos restritivas.¹⁴⁰

Em Dezembro do mesmo ano, o governo estadunidense derrubou a proibição vitalícia, passando a permitir que homossexuais, bissexuais e HSH doem sangue,

y servicios de transfusión. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-15514-consolidado.pdf> Acesso em: jan 2017.

¹³⁸ FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. U.S. Department of Health and Human Services. Center for Biologics Evaluation and Research. Revised Recommendations for Reducing the Risk of Human Immunodeficiency Virus Transmission by Blood and Blood Products. Maio de 2015. p. 4. Disponível em:

<https://www.fda.gov/downloads/BiologicsBloodVaccines/GuidanceComplianceRegulatoryInformation/Guidances/Blood/UCM446580.pdf> Acesso em: fev 2017.

¹³⁹ FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. U.S. Department of Health and Human Services. Center for Biologics Evaluation and Research. Revised Recommendations for Reducing the Risk of Human Immunodeficiency Virus Transmission by Blood and Blood Products. Maio de 2015. p. 12. Disponível em:

<https://www.fda.gov/downloads/BiologicsBloodVaccines/GuidanceComplianceRegulatoryInformation/Guidances/Blood/UCM446580.pdf> Acesso em: fev 2017.

¹⁴⁰ THE HUFFINGTON POST. FDA recommends lifting ban on gay men donating blood. Disponível em: http://www.huffpostbrasil.com/entry/gay-blood-ban_n_7264942 Acesso em: jan 2017.

desde que não tenham contato sexual algum com outro homem nos 12 meses antecedentes ao procedimento.¹⁴¹

Em Junho de 2016 um episódio triste reacendeu a discussão quanto aos novos critérios da restrição de doação por HSH. Tratou-se de um atentado terrorista, ocorrido na boate Pulse, uma das maiores casas noturnas voltadas ao público LGBT, em Orlando.¹⁴²

Um homem armado abriu fogo contra os presentes, deixando 50 mortos e pelo menos 53 feridos. O massacre foi expressamente motivado por homofobia.¹⁴³

O alto número de feridos, principalmente em estado grave, fez com que os estoques de bancos de sangue da cidade de Orlando se esgotassem rapidamente, o que demandou uma campanha urgente de doação de sangue.¹⁴⁴

Ficou evidenciado, então, o contrassenso de que os membros da própria comunidade LGBT não puderam, então, ajudar seus semelhantes hospitalizados, necessitando de transfusões de sangue, que lutavam entre a vida e a morte, após serem baleados por claro motivo de preconceito por orientação sexual.¹⁴⁵

Surgiram, então, boatos de que a restrição de doação por HSH estaria suspensa, tendo em vista a gravidade do atentado, bem como a necessidade urgente de novas doações. Porém as autoridades de saúde de Orlando rejeitaram os rumores, e continuaram por rejeitar HSH que tentaram realizar a doação.¹⁴⁶

¹⁴¹ EXAME.COM. EUA derrubam proibição para doações de sangue por gays. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/mundo/eua-derrubam-proibicao-para-doacoes-de-sangue-por-gays/> Acesso em: dez 2016.

¹⁴² BBC. Tiroteio em boate reacende polêmica sobre proibição de doação de sangue por gays nos EUA. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36513401> Acesso em: jan 2017.

¹⁴³ BBC. Tiroteio em boate reacende polêmica sobre proibição de doação de sangue por gays nos EUA. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36513401> Acesso em: jan 2017.

¹⁴⁴ BBC. Tiroteio em boate reacende polêmica sobre proibição de doação de sangue por gays nos EUA. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36513401> Acesso em: jan 2017.

¹⁴⁵ LADO BI. Massacre na boate Pulse: gays continuam impedidos de doar sangue. Disponível em: <http://ladobi.uol.com.br/2016/06/boate-pulse-doacao-sangue/> Acesso em: fev 2017.

¹⁴⁶ LADO BI. Massacre na boate Pulse: gays continuam impedidos de doar sangue. Disponível em: <http://ladobi.uol.com.br/2016/06/boate-pulse-doacao-sangue/> Acesso em: fev 2017.

2.4.5 Colômbia

A questão chegou à Corte Constitucional da Colômbia quando um cidadão colombiano impedido de doar sangue em um hemocentro privado, recorreu às autoridades judiciárias para conseguir permissão para doar, solicitando, invocando para tanto a tutela de seus direitos fundamentais da igualdade e não discriminação, ao livre desenvolvimento de sua personalidade e dignidade.¹⁴⁷

Ficou determinado na decisão que o Ministério da Saúde da Colômbia deve, em caráter de urgência, revisar as normas sobre doação de sangue, eliminando a “orientação sexual” como critério impeditivo à doação de sangue. Nos termos da decisão, restou designado que a autoridade competente para criar normas sobre hemoterapia:

Revise la reglamentación vigente sobre recepción, extracción y suministro de donaciones de sangre, con el fin de eliminar los criterios de selección de donantes basados en la orientación sexual como criterio de calificación de riesgo de enfermedades infecciosas como el VIH, y en consecuencia, encamine la regulación concretamente a indagar sobre las prácticas o conductas sexuales riesgosas, de conformidad con lo expuesto en este fallo.¹⁴⁸

Para embasar o posicionamento, invocou-se o direito à igualdade e à não discriminação, inerentes à dignidade essencial da pessoa humana, como se observa em outro trecho da decisão:

Para iniciar, la Sala considera conveniente recordar que el derecho a la igualdad y no discriminación hace parte de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, por eso permea todo el ordenamiento constitucional. En esa medida, el Estado tiene las obligaciones de i) suprimir aquellos actos o medidas que impliquen un trato diferenciado que no tengan una justificación objetiva y razonable –tratos discriminatorios, y ii) no reforzar o apoyar los prejuicios sociales que conllevan, directa o indirectamente, la discriminación de grupos de población minoritaria.¹⁴⁹

A Corte colombiana submeteu a discriminação baseada no critério “orientação sexual” ao juízo estrito de proporcionalidade, por meio do qual verificou se o critério

¹⁴⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm> Acesso em: mar 2017.

¹⁴⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm> Acesso em: mar 2017.

¹⁴⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Item 2.7.3.1. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm> Acesso em: mar 2017.

discriminatório, inicialmente pretende alcançar um objetivo constitucionalmente protegido. A conclusão foi positiva, no sentido de que o Estado tem a obrigação constitucional de garantir o direito à saúde dos cidadãos, e a restrição visa proteger exatamente a saúde dos possíveis receptores.¹⁵⁰

Passou-se, então, à análise quanto ao segundo critério de avaliação da proporcionalidade, quanto ao meio utilizado, se este se mostra como adequado, necessário ou indispensável para cumprir o objetivo a que se presta, qual seja a maior proteção de infecções por transfusões sanguíneas.¹⁵¹

A conclusão quanto este requisito foi a de que este não é um critério adequado, muito menos indispensável ao meio pretendido, de forma que não há que se compreender o fato de um homem ter havido relações sexuais com outros homens como um risco maior de transmissão de HIV por si só, apenas e puramente pelo gênero dos indivíduos envolvidos na prática sexual, e conseqüentemente sua orientação sexual.¹⁵²

Para este fim, deve-se levar em consideração o risco real da prática sexual, devendo se indagar se esta ocorreu com ou sem proteção (uso de camisinha), com um ou uma parceira estável, se tratou de alguma relação sexual eventualmente perigosa, com desconhecidos, ou que tenha ocorrido algum acidente como o rompimento do preservativo, e há quanto tempo isto ocorreu.

Estes tipos de questionamentos sim permitiriam a avaliação e conclusão quanto ao risco real das práticas sexuais que antecederam a doação de sangue, e se isso representa uma ameaça à segurança e qualidade do material sanguíneo doado, cumprindo de fato o objetivo de proteger e garantir a segurança dos receptores.

Por fim, foi feita a ponderação acerca dos benefícios da restrição, se são maiores que os sacrifícios no tocante à afetação de direitos fundamentais, ou o contrário. A conclusão quanto a este requisito foi a de que a presunção de que

¹⁵⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Item 2.7.3.4.1. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm> Acesso em: mar 2017.

¹⁵¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm> Acesso em: mar 2017.

¹⁵² COLÔMBIA. Corte Constitucional. Item 2.7.3.4.2. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm> Acesso em: mar 2017.

relações sexuais entre homens são perigosas, e que por si só estes indivíduos tem maior probabilidade de estarem infectados pelo vírus HIV, tem como consequência o fortalecimento do estigma discriminatório de todas as pessoas que tenham orientação sexual divergente do padrão heterossexista, contribuindo para o estereotipo de promiscuidade de comportamentos sexuais de risco.¹⁵³

Além disso, o sacrifício de um número elevado de possíveis doadores que buscam o sistema de saúde com um fim altruísta, para cumprir um dever de solidariedade social, assim contribuindo para a concretização de um dos deveres do Estado, não se mostra proporcional estritamente.

En otras palabras, la actuación del Laboratorio de rechazar a Julián como donante, no es proporcional en relación con el fin que se persigue, toda vez que el perjuicio y el sacrificio que se hace es mucho mayor a los beneficios que se reciben. Es decir, implica un sacrificio del derecho a la igualdad de Julián, y de la población con su misma orientación sexual, y del principio de solidaridad, que no se compadece con los beneficios en términos del derecho a la salud que se pueden lograr, y que además son solamente eventuales.¹⁵⁴

Argentina, Chile, Espanha, Estados Unidos da América e Colômbia são apenas alguns exemplos de países que tem revisto suas legislações e políticas públicas relacionadas à utilização do critério orientação sexual como restrição à doação de sangue. Vários outros caminharam ou caminham na mesma direção, no sentido de rever e relativizar suas proibições ou restrições.¹⁵⁵

Após analisar o contexto histórico que deu origem, as motivações da instituição da restrição, a evolução da legislação e normatização da questão ao longo da história no âmbito nacional, bem como examinado pormenorizadamente as atuais normas reguladoras do tema, tem-se uma visão geral e específica que permite aprofundar-se no debate quanto à compatibilidade desta restrição de direitos fundamentais com a Constituição Federal, travado recentemente perante o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543, que pretende solucionar esta complexa questão jurídica.

¹⁵³ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Item 2.7.3.4.3. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm> Acesso em: mar 2017.

¹⁵⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Item 2.7.3.4.3. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm> Acesso em: mar 2017.

¹⁵⁵ Disponível em: <http://super.abril.com.br/saude/brasil-desperdica-18-milhoes-de-litros-de-sangue-ao-ano-por-preconceito/> Acesso em mar 2017.

3 UMA PROPOSTA DE VOTO PARA A ADI 5543

3.1 O que é a demanda?

3.1.1 Relatório do caso

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), cujos objetos são 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 o teor dos dispositivos impugnados:

PORTARIA N. 158/2016 – 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 Diretoria Colegiada Nº 43/2014 – 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;

3.1.2 Sobre o mérito do caso

Um levantamento das informações quanto ao contexto histórico no qual surgiu a proibição de doação de sangue por homens homossexuais, especificamente no fim da década de 80, com o surgimento da epidemia da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – SIDA/AIDS e o desconhecimento quanto à doença, demonstra bem como surgiu a motivação para a regulamentação aqui analisada.¹⁵⁶

Aponta-se, como as primeiras motivações da proibição: a) o desconhecimento a respeito da doença recém descoberta e sua ligação ao fenômeno da homossexualidade; b) a ausência de testes laboratoriais aptos a detectar o vírus no sangue coletado; c) a incapacidade dos primeiros imunoenaios em diagnosticar a doença no período de janela imunológica; d) a adoção da noção de grupos de risco à AIDS.¹⁵⁷

O requerente expõe que este contexto já foi superado, principalmente em virtude da evolução da tecnologia e dos avanços científicos na comunidade médica internacional que permitiu o controle da epidemia de AIDS, e enorme evolução no tratamento e prevenção da síndrome.¹⁵⁸

Além disso, aduz que, nos últimos anos, assuntos como o reconhecimento jurídico das relações homoafetiva, que vem sendo intensamente discutidos no mundo todo, tem sido o cerne da discussão desta ação, tendo contribuído para que um debate quanto ao avanço em direitos e garantias da população LGBT tenha desembocado nesta ação direta de inconstitucionalidade.¹⁵⁹

O autor exhibe dados indicando que os imunoenaios, que antigamente geravam uma janela imunológica de 6 a 8 semanas, atualmente se encontrando em sua 4ª geração, tendo reduzindo-a para apenas 15 dias. Além disso, informações do Boletim Epidemiológico da AIDS no Brasil, de 2015, que indicam que o número de

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fls. 6 a 8. Título IV. Do contexto histórico no qual surgiu a proibição de doação de sangue por homossexuais.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fls. 6 a 8. Título IV. Do contexto histórico no qual surgiu a proibição de doação de sangue por homossexuais.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fl. 10.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fls 23 a 25.

infecções registradas de 1980 à 2015 é consideravelmente maior nos heterossexuais (50% dos casos notificados) do que em homossexuais e bissexuais juntos (45,9% dos casos).¹⁶⁰

Explicita o requerente que a transmissibilidade do vírus HIV independe da orientação sexual das pessoas. Alega que relações sexuais desprotegidas, seja entre heterossexuais, ou entre homossexuais, são passíveis de transmitir o agente causador da Aids. Diante disso, colocar homossexuais como grupo de risco para infecções de AIDS, exclusivamente por sua orientação sexual, sem considerar o efetivo comportamento sexual de cada indivíduo, configura claro preconceito e discriminação.¹⁶¹

Argumenta que o Ministério da Saúde, no passado, já teria reconhecido que a orientação sexual não deve ser critério para seleção de doadores por não constituir um risco em si, por meio da Portaria nº 1.353/2011 (Art. 1º, §§ 4º e 5º), anterior normatização à impugnada nesta ação.¹⁶²

Alega que a atual norma que regula a questão, a Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, seria, inclusive, paradoxal ao prever que os serviços hemoterápicos deverão ser isentos de qualquer discriminação por orientação sexual (art. 2º, § 3º), ao mesmo tempo em que dispõe sobre a exclusão de pessoas de determinadas orientações sexuais, apenas em função disso.¹⁶³

Afirma que, na prática, a proibição temporária prevista na Portaria e na Resolução configura, em verdade, uma proibição permanente de doação de sangue por parte de homossexuais que tenham mínima atividade sexual, tendo em vista a exigência de que se privem de ter qualquer contato sexual com outros homens nos 12 meses que antecederem à tentativa de doação.¹⁶⁴

Defende que o argumento da suposta promiscuidade por parte dos homossexuais a justificar sua classificação como grupo de risco, não possui lógica jurídica alguma, tendo em vista o fato de que a legislação brasileira já prevê a

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fl. 7 e 8.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fl. 13.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fls. 11 e 12.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fl. 12.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fl. 11.

exclusão de doação de sangue por pessoas promíscuas, sejam elas homossexuais ou heterossexuais.¹⁶⁵

Alega que a normatização atual exige que o Estado garanta a qualidade e segurança das transfusões, com diversas outras medidas de precaução, seja na coleta, processamento, distribuição ou utilização dos hemoderivados, de forma que acabar com a restrição de doação por homens que fazem sexo com outros homens não comprometeria, por si só, a segurança dos procedimentos hemoterápicos.¹⁶⁶

O postulante, utilizando-se do direito comparado, exemplifica vários países que dão preferência ao controle a partir da noção de comportamento de risco, à ideia ultrapassada de grupos de risco.¹⁶⁷

O proponente indica que há enorme escassez nos bancos de sangue brasileiros, e argumenta que a restrição imposta pelas normas impugnadas tem como resultado prático a contribuição para este cenário, de forma que estimados 19 milhões de litros de sangue deixem de ser doados anualmente.¹⁶⁸

O requerente sintetiza que as normas violam: 1) o princípio fundamental à dignidade da pessoa humana, esculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988; 2) o direito fundamental à igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição; 3) contraria o objetivo fundamental republicano de promover o bem de todos sem preconceitos ou formas de discriminação, art. 3º, IV, CRFB); 4) além de não preencher os requisitos necessários ao atendimento do princípio constitucional da proporcionalidade.¹⁶⁹

Alega que as normas contribuem para a estigmatização de indivíduos sem que haja justificção prevista, tendo em vista a inexistência de condutas praticadas

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fls. 14 e 15. Título VI. A legislação já exclui doação de pessoas promíscuas, sejam hétero ou homossexuais.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fl. 15.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fls. 17 a 20. Título VII. Direito comparado atual: controle de comportamento de risco, não de grupo de risco.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fls. 21 e 22. Título VIII. Da carência dos bancos de sangue e das suas consequências nefastas à população.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fls. 22 a 27. Título IX. Das violações à Constituição Federal: Dignidade da pessoa humana, direito à igualdade, discriminação de minorias e proporcionalidade.

exclusivamente por homens que façam sexo com outros homens que possam justificar a diferenciação.¹⁷⁰

Objetiva evidenciar que a própria Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde já traz medidas eficazes para evitar a contaminação do sangue nos hemocentros, sem a necessidade da previsão que utiliza a orientação sexual como critério de diferenciação, restando como medida absolutamente desproporcional.¹⁷¹

Além disso, tais normas estariam excluindo homossexuais da prática de um ato solidário e altruísta, ligado ao exercício da cidadania e da fraternidade, mediante procedimento flagrantemente estigmatizador e que não diz respeito ao tratamento com a igual consideração e respeito que todas as pessoas merecem ser tratadas.¹⁷²

O objetivo da ação, segundo o autor, é o de 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.¹⁷³

Postula pela concessão de medida cautelar com o objetivo de suspender a eficácia dos dispositivos impugnados, diante da plausibilidade do direito, decorrente das teses anteriormente sintetizadas, bem como do perigo na demora, tendo em vista a necessidade diária de milhares de brasileiros em obter doações sanguíneas, tendo em vista a realidade de déficit nos estoques dos bancos sanguíneos.¹⁷⁴

A Advocacia-Geral da União, a Procuradoria Geral da República, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e o Ministério da Saúde prestaram informações.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, ao prestar informações solicitadas pelo relator da ação, sustentou que restrição se funda em evidências

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fl.25.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fl. 27.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fl. 25.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fls. 25 e 26.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Petição Inicial. Localização eletrônica fl. 28. Título IX. Da medida cautelar.

epidemiológicas e técnico-científicas que visa ao interesse coletivo na garantia máxima da qualidade e segurança transfusional para o receptor de sangue.¹⁷⁵

Alega que as evidências científicas e trabalhos recentes sobre o tema apontam à direção de que a prática sexual entre homens que fazem sexo com outros homens está associada à um risco acrescido de infecção por agentes sexualmente transmissíveis, e que a orientação sexual, portanto, não é usada como critério para seleção de doadores de sangue, por não constituir um risco em si própria.¹⁷⁶

O Ministério da Saúde manifestou-se pela improcedência do pedido, na mesma linha argumentativa trazida pela ANVISA. Alega não se tratar discriminação com base no critério 'orientação sexual', mas sim um dos mecanismos voltados à proteção do direito fundamental à saúde dos possíveis receptores de sangue.

Em mesmo sentido se manifestou a Advocacia-Geral da União, ao afirmar que os procedimentos de doação de sangue não podem e não utilizam a orientação sexual dos doadores como critério de restrição à doação, mas sim práticas que podem apresentar risco aumentado à transmissão de doenças sexualmente transmissíveis por meio de transfusões sanguíneas.¹⁷⁷

Alega que as normas impugnadas visam a segurança e eficácia do sistema hemoterápico, e para tanto, apenas reconhecem determinados comportamentos de risco associados à uma maior possibilidade de infecção por DSTs através da doação de sangue, não estigmatizando grupo de indivíduos específico.¹⁷⁸

Afirma que os dispositivos questionados não possuem conteúdo discriminatório, com o objetivo de restringir direitos de seguimentos da sociedade em virtude da orientação sexual, uma vez que trata de medida de cautela, adotada pelo

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Prestação de informações solicitadas pelo relator. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Localização eletrônica fl. 4.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Prestação de informações solicitadas pelo relator. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Localização eletrônica fl. 7.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Prestação de informações solicitadas pelo relator. Advocacia-Geral da União. Localização eletrônica fl. 5 e 6.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Prestação de informações solicitadas pelo relator. Advocacia-Geral da União. Localização eletrônica fl. 5 e 6.

Ministério da Saúde, dentre variadas outras medidas, que visam apenas a proteção do receptor do sangue doado.¹⁷⁹

Alega que a razoabilidade da medida de inaptidão temporária é devida e se demonstra por meio da existência de dados epidemiológicos, normativos e experiências nacionais e internacionais sobre a temática, que indicam a necessidade da restrição, que se presta a regulamentar comportamentos de risco associados à uma maior possibilidade de contágio de DSTs.¹⁸⁰

3.1.3 Sobre o procedimento do caso

O relator da ação adotou o rito prescrito no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, a fim de possibilitar a análise definitiva da questão pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a importância para a ordem social e segurança jurídica.¹⁸¹

Requereram ingresso na ação, como *amicus curiæ*, o Partido Popular Socialista - PPS, a Defensoria Pública da União - DPU, a Defensoria Pública do Estado da Bahia - DPE/BA, a Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas – ABRAFH, o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero – GADvS, o Instituto Brasileiro de Direito de família – IBDFAM, o Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL, o Grupo Dignidade – pela cidadania de gays, lésbicas e transgêneros, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, o Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília – Cadir UNB, a Universidade Federal do Paraná e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Os pedidos de admissão na ação como *amicus curiæ* formulados por: Defensoria Pública da União - DPU, Defensoria Pública do Estado da Bahia - DPE/BA, Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas – ABRAFH, Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero – GADvS, Instituto Brasileiro de Direito de família – IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL, Grupo Dignidade – pela cidadania de gays, lésbicas e transgêneros, Associação Brasileira

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Prestação de informações solicitadas pelo relator. Advocacia-Geral da União. Localização eletrônica fl. 7.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Prestação de informações solicitadas pelo relator. Advocacia-Geral da União. Localização eletrônica fl. 10 a 12.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016. Despacho proferido em 08 jun 2016.

de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília – Cadir UNB, Universidade Federal do Paraná e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil foram deferidos pelo relator.

3.2 As razões da demanda

Para o enquadramento jurídico de questões relacionadas à valores tão importantes e essenciais como direito à vida, saúde, doação de sangue, bem como autodeterminação sexual e solidariedade, há que se socorrer, necessariamente, dos princípios constitucionais.

Todos os indivíduos, independente de origem ou de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que os princípios constitucionalmente amplamente tutelados lhes concede.¹⁸²

E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, mas também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social.

Por isso, é imperioso que se faça a análise da questão da doação de sangue sob a ótica de proteção de direitos e garantias fundamentais, sopesando, para tanto, a liberdade do indivíduo saudável em doar seu material sanguíneo em condições de igualdade aos demais doadores, bem como a necessidade, muitas vezes urgente, de fornecimento àqueles que necessitam, sem deixar de garantir a segurança do material doado, para que se efetive o valor da dignidade humana de todos os envolvidos no procedimento.

A controversa questão jurídica será analisada, portanto, com base inicialmente no fundamento e valor constitucional supremo da dignidade da pessoa humana, e dos princípios da liberdade e igualdade, tanto em seus aspectos

¹⁸² BARROSO. Luís Roberto. Boletim Científico. ESMPU, Brasília. A. 6 – n. 22/23, p. 133 – jan./jun. 2007. Acesso em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC_22e23_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y

genericamente considerados, quanto à faceta relacionada à liberdade de autodeterminação sexual e tratamento igualitário em questões de gênero e sexo.

Por fim, submeter-se-á o critério utilizado pela norma em debate ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, para enfim obter subterfúgio necessário para afirmar a inconstitucionalidade dessas normas.

3.2.1 Dignidade da pessoa humana

De acordo com o clássico ensinamento kantiano, a premissa da dignidade humana consiste na ideia de que o homem é titular de direitos a serem reconhecidos e respeitados, tantos pelos seus iguais como pelo Estado, em virtude tão somente de sua condição humana.¹⁸³

No contexto do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana se situa como alicerce de todos os direitos constitucionalmente consagrados, atuando como elemento básico, fundamental e informador de todas estas garantias fundamentais.¹⁸⁴

A dignidade, portanto, é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais, constituindo-se como um mínimo que qualquer estatuto jurídico deve assegurar.¹⁸⁵

Por ser dotada do status de valor supremo, serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração, não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, assim exercendo essencial papel integrador e hermenêutico no sistema jurídico.¹⁸⁶

A correlação do princípio da dignidade humana com o tema da doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais deve, necessariamente, ser

¹⁸³ KANT, Immanuel. Fundamentação à metafísica dos costumes. Lisboa: Edição 70, 2005, p. 45.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 82-83.

¹⁸⁵ SANTOS, Thaysa Prado Ricardo dos. Incentivos à doação de sangue: fomento à dignidade da pessoa humana x comercialização inconstitucional. Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 12:222-240, vol. 1, p. 225, abril/2010.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 82-83.

analisada sob duas perspectivas: 1) àquela relacionada aos possíveis doadores; 2) àquela relacionada aos possíveis receptores.

Quando o Estado permite que milhares de pessoas exerçam a solidariedade através do ato de doar sangue, sem que haja qualquer impedimento ou obstáculo diretamente relacionado à sua orientação sexual, se está prestigiando e valorizando a dignidade humana daqueles que se dispõem a ajudar ao próximo.

Por outro lado, ao se conquistar, na prática, um aumento do número de doações de sangue, garantindo assim possibilidade de sobrevivência à milhares de pessoas que necessitam diariamente de sangue de terceiros para sobreviver, se está, também prestigiando e valorizando a dignidade do ser humano em necessidade, portanto dos possíveis receptores do material sanguíneo doado.¹⁸⁷

Este valor constitucionalmente protegido é o sustentáculo formativo dos princípios da liberdade e da igualdade, que se irradiam nas relações jurídicas como barreira à discriminações das uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo.¹⁸⁸

Um dos aspectos naturais da existência humana, bem como forma de expressão da personalidade é a sexualidade. Esta constitui conjuntamente a diversas outras características inerentes ao ser, a subjetividade dos indivíduos.

Desta forma, o direito autodeterminação sexual tem relação umbilical com o amparo da dignidade da pessoa humana, ao passo que, como descrito por Luís Roberto Barroso, o fato de não se reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é, na realidade, privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência.¹⁸⁹

Como descrito por Melina Fachin, há uma estreita relação entre o princípio da dignidade humana e o direito à autodeterminação sexual, de modo que, para que o livre desenvolvimento das potencialidades humanas realmente ocorra, há que se

¹⁸⁷ SANTOS, Thaysa Prado Ricardo dos. Incentivos à doação de sangue: fomento à dignidade da pessoa humana x comercialização inconstitucional. Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 12:222-240, vol. 1, p. 224, abril/2010.

¹⁸⁸ FERRAZ, Carolina Valença. Série IDP – Manual do direito homoafetivo. 1ª Edição. Saraiva. 2013. p. 249.

¹⁸⁹ Luís Roberto. Boletim Científico. ESMPU, Brasília. A. 6 – n. 22/23, p. 117-163 – jan./jun. 2007. p. 143. Acesso em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC_22e23_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y

considerar o direito à autodeterminação sexual dos indivíduos, bem como o respeito dos efeitos incidentes desta nas relações afetivas.¹⁹⁰

Deve se haver o respeito à autonomia dos indivíduos em fazer as escolhas de vida que lhes convém, inclusive no tocante à sexualidade livre, consciente, consentida, intrinsecamente relacionada aos direitos à intimidade e privacidade. Só desta forma as pessoas conseguem viver de acordo com suas tendências pessoais e orientações, sem que seja desrespeitado seu valor intrínseco como cidadão.

Como descrito por Barroso, a homossexualidade é apenas um fato da vida, um fenômeno que ocorre naturalmente na vida de diversos indivíduos ao longo de sua existência. Além disso, as relações homoafetivas constituem fatos lícitos e relativos apenas à esfera privada de cada um, por si só, incapaz de afetar a vida de terceiros.¹⁹¹

Apesar de ainda sofrer preconceitos e discriminações na sociedade, as pessoas que tem as chamadas orientações sexuais divergentes do padrão heterossexista merecem igual respeito e consideração.

Na visão do autor, o papel do Estado e do Direito, neste sentido é o de acolher, e não o de rejeitar aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.¹⁹²

As diferenciações por orientação sexual podem levar toda uma parcela da população a um verdadeiro tratamento indigno. Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia no julgamento da ADPF que reconheceu a validade jurídica das relações homoafetivas:

Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluindo o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem. O que

¹⁹⁰ FACHIN, Melina Girardi. Diversos caminhos do afeto: as uniões entre pessoas do mesmo sexo à luz da cena contemporânea de proteção dos direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coordenadores). Direito à diversidade. São Paulo: Atlas, 2015, p. 248.

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetiva no Brasil. Boletim Científico. ESMPU, Brasília. A. 6 – n. 22/23, p. 123 e 124 – jan./jun. 2007. Acesso em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC_22e23_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetiva no Brasil. Boletim Científico. ESMPU, Brasília. A. 6 – n. 22/23, p. 124 – jan./jun. 2007. Acesso em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC_22e23_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y

é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática.¹⁹³

Nas palavras certeiras de Marianna Chaves, “impedir que alguém exercite a sua sexualidade é obrigar a pessoa a viver pela metade, em incompletude, infelicidade e indignidade”.¹⁹⁴

A cláusula constitucional da dignidade humana, portanto, corresponde ao alicerce jurídico que afirma o direito fundamental à liberdade de orientação sexual como atributo inerente à personalidade humana.¹⁹⁵

O princípio da dignidade humana se mostra central em discussões como a que se apresenta no caso proposto, pois é este valor constitucional que tem propiciado a tutela das liberdades de afeto e de constituição familiar, por meio do reconhecimento do valor da diversidade, levando em consideração a pluralidade de orientações e identidades sexuais¹⁹⁶, tendo como consequência direta vários avanços rumo à um tratamento igualitário de populações historicamente discriminadas.

Nesta linha, pode-se afirmar que, assim como nas uniões heterossexuais, o estabelecimento das relações homossexuais, fundadas no afeto e na sexualidade, de forma livre e autônoma, sem qualquer prejuízo a terceiros, diz respeito à proteção da dignidade humana.¹⁹⁷

3.2.2 Direito fundamental à liberdade

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, institui expressamente o direito fundamental à liberdade genericamente considerada. Em seu inciso II determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em

¹⁹³ Voto da Ministra Carmen Lúcia na ADPF 132/ADI 4277.

¹⁹⁴ CHAVES, Marianna. Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, União, Casamento e Parentalidade. 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 2015, p. 120.

¹⁹⁵ FERRAZ, Carolina Valença. Série IDP – Manual do direito homoafetivo. 1ª Edição. Saraiva. 03/2013. p. 248.

¹⁹⁶ FACHIN, Melina Girardi. Diversos caminhos do afeto: as uniões entre pessoas do mesmo sexo à luz da cena contemporânea de proteção de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber. (Coord.) Direito à diversidade. Atlas, 2015. p. 250.

¹⁹⁷ RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 111-113.

virtude de lei, estabelecendo então o princípio da legalidade como uma das possíveis limitações à esta liberdade genérica.

Reconhecido como um direito fundamental de primeira geração, a liberdade jurídica se presta à limitar a ação do Estado, que deve se abster de interferir em questões que envolvam a liberdade individual dos cidadãos ou direitos de propriedade.

Desta forma, o Estado é limitado a agir apenas para defender as ordem e segurança pública, não devendo restringir direitos e liberdades individuais básicas, só sendo permitida sua intervenção em caso de norma devidamente positivada, por meio da representação nos moldes democráticos, pelo Parlamento.¹⁹⁸

Em seu sentido positivo, a liberdade jurídica, de acordo com as lições de Paulo Roberto Iotti, é aquela concernente à autonomia moral, à autodeterminação quanto à condução de suas vidas de acordo com as próprias vontades, da maneira que melhor se pretender desde que não se prejudique terceiros.¹⁹⁹

No dizer de Luís Roberto Barroso, o conteúdo nuclear da liberdade se situa efetivamente no poder de decisão e de escolha entre diversas possibilidades objetivas de vida. Tais escolhas, naturalmente, são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas.²⁰⁰

Dentre estas diversas possibilidades objetivas de vida, as pessoas, então, devem ter liberdade para decidir sobre questões pessoais e de caráter privado como afetividade e sexualidade, sem que haja interferência estatal no sentido de limitá-las quanto as possíveis escolhas, que só cabem aos próprios indivíduos fazerem.

A liberdade do indivíduo em autodeterminar-se sexualmente, bem como ocorre em outras espécies de liberdade, portanto, decorre da autonomia privada de cada um e não pode ser tolhida ou simplesmente ignorada pelo Estado, cujo papel,

¹⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2010, p. 97.

¹⁹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna. In: RIOS, Roger Raupp (organizador) Em defesa dos direitos sexuais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 43-71.

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetiva no Brasil. Boletim Científico. ESMPU, Brasília. A. 6 – n. 22/23, p. 117-163 – jan./jun. 2007. p 143. Acesso em: http://bibliotecadigital.mpf.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC_22e23_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y

nesta seara, é exatamente o de garantir que os cidadãos gozem plenamente delas.²⁰¹

Sobre a importância deste aspecto, Maria Berenice Dias sustenta, sabiamente, que ninguém pode realizar-se como pessoa se não tiver assegurado o respeito ao exercício de sua sexualidade, conceito este que deve compreender tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual²⁰².

Em precioso ensinamento, defende:

A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, o próprio gênero humano não se realiza, falta-lhe a liberdade, que é um direito fundamental.²⁰³

A manifestação das diversas formas de expressão e vivência da sexualidade humana, portanto, deve ser reconhecida também sob uma visão igualitária, como um direito fundamental de primeira geração, decorrente principalmente do princípio da liberdade individual, e como tal, inalienável e imprescritível.²⁰⁴

Indispensável é reconhecer que os vínculos homoafetivos são muito mais do que meras relações homossexuais. Em verdade, configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito, sob pena de o Direito falhar como Ciência e, o que é pior, como Justiça.²⁰⁵

Restrições a liberdade de escolha, ou negação de direitos à pessoas por questões de orientação sexual, então, além de subtraírem do ser humano a sua própria dignidade, tolhem os direitos à liberdade de autodeterminação afetiva e sexual, bem como obriga que esses indivíduos pautem suas condutas pela racionalidade da maioria, e não pela sua própria vontade,²⁰⁶ restando também

²⁰¹ RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. In: DIAS, Maria. Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos, 2012, p. 184

²⁰² DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 32.

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 33.

²⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.32.

²⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.32.

²⁰⁶ RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. In DIAS, Maria. Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos, 2012, p. 184

violação à liberdade de consciência de minorias sexuais que historicamente sofrem preconceito.

O direito fundamental à liberdade de consciência, conforme ensinamentos de Paulo Roberto Lotti, assume um peso substancial quando se propõe discutir questões relacionadas à minorias políticas e sexuais, de forma que este:

Consiste ele no direito à autonomia moral do indivíduo, oriunda da citada liberdade jurídica, garantindo o direito de viver a própria vida da forma como a própria pessoa se entende, no sentido de agir em conformidade com o seu íntimo, vivendo a vida da forma que entende necessária e/ou correta, donde não pode o Estado, de forma arbitrária, atribuir menor dignidade a determinadas formas de ser e viver em detrimento de outras, sob pena de totalitarismo moral.²⁰⁷

Ou seja, liberdade de consciência deve dizer respeito à capacidade individual de formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda²⁰⁸.

Nossos sistemas político e jurídico, depois de viverem tantas evoluções ao longo das últimas décadas, não comporta mais restrições à liberdade dos indivíduos que se baseiem apenas na consciência homossexual ou bissexual dos cidadãos.

Afinal, tal qual a consciência heterossexual, estas consciências divergentes do padrão heteronormativo são manifestações naturais dos mais diversos tipos de pessoas que compõem as atuais sociedades plurais e multifacetadas.

Portanto, a liberdade de consciência homossexual e bissexual deve ser resguardada e protegida da mesma forma que a liberdade de consciência heterossexual.

A decisão de ter ou se manter em uma relação homoafetiva decorre exclusivamente da autonomia privada dos indivíduos e do direito à liberdade de escolha quanto a própria sexualidade e afetividade.

Neste sentido, o direito à autodeterminação sexual e afetiva desemboca invariavelmente no direito da intimidade e privacidade, compreendendo um aspecto do livre exercício da vida privada, questão a qual o Estado deve se abster de intervir.

²⁰⁷ RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. In DIAS, Maria. Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos, 2012, p. 208.

²⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Cursos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312.

Uma restrição como a que se debate na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543, que proíbe homens que fazem sexo com outros homens de doar sangue, exigindo, para tanto, que não pratiquem qualquer ato sexual pelo período de 12 meses para que possam participar do procedimento, na verdade pretende excluir qualquer possibilidade de exercício de efetividade e sexualidade destes homens.

É uma limitação absoluta ao exercício de consciência quanto à efetiva sexualidade desses indivíduos, seja homoafetiva ou bifetiva, que acaba por condicionar o exercício da solidariedade, inerente à prática de doação de sangue, à negação de seus impulsos sexuais, na prática significando verdadeira restrição à liberdade de dispor de sua sexualidade.

Para que ocorra mitigação ou supressão dos direitos de liberdade de exercício da sexualidade de determinada parcela da população, é necessário que haja justificação científica e jurídica válida, que demonstre e comprove a real necessidade, aplicabilidade e eficácia das medidas restritivas em função do interesse público.

Não é outro o entendimento de Paulo Roberto Lotti:

Quando se pretender implementar alguma regulação que causa diferenciação de pessoas ou de grupos de pessoas, o tratamento diferenciado deve ser razoável, significa que deve: ter um fundamento, estar justificado; obedecer ao princípio da proporcionalidade, de tal maneira que não afete outros direitos fundamentais.²⁰⁹

3.2.3 Direito fundamental à igualdade

A obra de Roger Raupp traz vários questionamentos e busca construir respostas jurídicas acerca do fenômeno da homossexualidade e sua relação com o princípio constitucional da igualdade. O autor avalia a hipótese de proibição de diferenciação por orientação sexual no sistema jurídico brasileiro.

²⁰⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. Os princípios fundantes. In: DIAS, Maria. *Minorias Sexuais: Direitos e Preconceitos*, 2012, p. 216.

Inicialmente surge a problemática relacionada à ausência de expressa vedação de diferenciação por motivo de orientação sexual²¹⁰ no texto constitucional, que é rapidamente descartada pelo autor.

De fato, a Constituição brasileira não faz referência explícita à questão da orientação sexual, porém, segundo Roger, isso não é obstáculo para o reconhecimento da vedação de diferenciação por orientação sexual, levando em conta a explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo.”²¹¹

Esta abertura a qual o autor se refere é vislumbrada no Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que dispõe que os direitos e garantias expressos na Carta Magna não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Ao examinar os desdobramentos da compreensão contemporânea do princípio isonômico diante da orientação sexual, Roger sustenta a existência de um princípio geral de não-discriminação por orientação sexual como decorrência da concretização do princípio jurídico da igualdade.²¹²

No direito brasileiro, o princípio da igualdade é compreendido numa dupla dimensão, uma formal e outra material. Estas duas dimensões podem ser representadas pelas duas expressões: “igualdade perante a lei” e “igualdade na lei”; que, para além de se distinguirem, se complementam.²¹³

Como descrito por Roger Raupp, a Igualdade jurídica formal é aquela chamada de *igualdade diante da lei*. Diz respeito à realização, sem qualquer exceção, do direito existente, de forma que cada um dos indivíduos deve ser obrigado e autorizado pelas normalizações do direito posto, de forma igualitária.

²¹⁰ “como avaliar a hipótese de proibição de diferenciação por orientação sexual em nosso direito, especialmente em virtude de sua não explicitação pelo texto constitucional vigente?” RIOS, Roger Raupp Rios. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 71.

²¹¹ RIOS, Roger Raupp Rios. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 71 e 72.

²¹² RIOS, Roger Raupp Rios. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 67.

²¹³ RIOS, Roger Raupp Rios. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 67 e 68.

Assim, é expressamente vedado às autoridades estatais deixar de aplicar o direito existente em favor ou à custa de determinadas pessoas.²¹⁴

Apenas por esta dimensão jurídica da igualdade, segundo o autor, já não se pode fazer distinções entre pessoas, ou atribuir tratamentos jurídicos diferenciados, com base apenas na esfera da sexualidade de um ou outro indivíduo.

Qualquer tratamento jurídico diferenciado, sobretudo em se tratando de relativizações de direitos, só pode sobreviver no Estado democrático de direito, cumprindo o valor impresso no princípio da igualdade se, e somente se estiver muito bem fundamentado e justificado.

A compreensão apenas do aspecto formal do princípio da igualdade se mostra insuficiente, ao passo que se demanda uma consideração também material, que diz respeito à proibição de tratamentos desiguais em casos de situações idênticas ou análogas, mesmo que tal diferenciação arbitrária esteja instituída por lei ou norma aparentemente válida.²¹⁵

O aspecto material da igualdade, de acordo com Barroso, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, por estar associada a uma ideia de justiça social, no sentido de que não basta apenas equiparar os indivíduos “perante a lei”, como também “perante às oportunidades de vida”.²¹⁶

No mesmo sentido Canotilho assevera que o princípio da isonomia não pode compreender apenas a noção de proibição do arbítrio, devendo obrigatoriamente contemplar a chamada função social da igualdade, que objetiva a eliminação das desigualdades fáticas²¹⁷, de modo que:

[...] quando existirem pessoas essencialmente iguais àquelas que foram objeto de regulamentação legal, o princípio da igualdade exigirá para estas uma disciplina legal igual à estabelecida para os

²¹⁴ RIOS, Roger Raupp Rios. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 68.

²¹⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os princípios fundantes. In: DIAS, Maria. *Minorias Sexuais: Direitos e Preconceitos*, 2012, p. 216.

²¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetiva no Brasil*. p. 17 Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/homoafetivas_parecer.pdf Acesso em: jan 2016.

²¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição. Coimbra: 2001, p. 380-390.

casos já regulados, fundamentando um dever legislativo de atuação neste sentido.²¹⁸

A homossexualidade e a bissexualidade são fenômenos que se inserem no âmbito da sexualidade e da afetividade humana, da mesma forma que a heterossexualidade. Isto implica dizer que, a orientação sexual, seja qual for, se refere à característica intrínseca ao indivíduo, componente essencial da subjetividade das pessoas. Por isso, independente de qual seja, deve ter o mesmo tratamento jurídico.

Qualquer discriminação baseada na discriminação sexual configura claro desrespeito à dignidade humana, o que infringe o princípio maior da Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acaba por referendar estigmas sociais e fortalecer sentimentos de rejeição, além de ser fonte de sofrimentos a quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida.²¹⁹

Portanto, a extensão de igual tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação homossexual, bissexual ou heterossexual, se mostra como consequência necessária e decorrente dos aspectos formal e material do princípio da igualdade, que proíbe discriminações por motivo de orientação sexual.²²⁰

3.3 Proporcionalidade e Razoabilidade das restrições impostas

Esgotadas as considerações acerca dos valores constitucionais da liberdade e da igualdade, deve-se submeter a medida impugnada à avaliação nos termos dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade.

O princípio da proporcionalidade, conforme ensina Gustavo Ferreira, é uma ferramenta jurídica específica utilizada na resolução de problemas de tensão ou colisão entre normas de direitos fundamentais. Seu objetivo principal é o de se chegar a uma conclusão que consagre um dos direitos, ou compatibilize-os, de

²¹⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os princípios fundantes. In: DIAS, Maria. *Minorias Sexuais: Direitos e Preconceitos*, 2012, p. 216. Apoiado nos ensinamentos de: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição. Coimbra: 2001, p. 380-390.

²¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 104.

²²⁰ RIOS, Roger Raupp Rios. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 70.

modo que se conclua com uma justa decisão, conforme os valores e princípios reconhecidos na Constituição.²²¹

Conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da proporcionalidade costuma ser desdobrado em três elementos, subcritérios, ou subprincípios constitutivos:²²²

O primeiro subprincípio compreende o exame da *adequação dos meios utilizados*. Consiste na análise quanto à possibilidade de se alcançar o fim almejado por intermédio de determinada medida. Ou seja, para que a medida estatal seja adequada, esta deve ser voltada à proteger ou concretizar algum fim constitucionalmente visado a que se propõe. Deve-se haver uma finalidade legítima, apta, adequada e útil à proteção do direito fundamental a ser resguardado por intermédio do meio eleito.

O segundo elemento diz respeito ao exame da *necessidade da restrição* à direitos fundamentais, de modo que o Estado, no momento da instituição da medida, deve fazer a opção pelo meio restritivo menos gravoso ao direito fundamental que será objeto de restrição. Ou seja, para que a medida seja considerada necessária há que se optar pelo meio que se promova o objetivo constitucionalmente visado, promovendo a menor agressão possível ao direito fundamental sujeito à restrição. Desta forma, o Estado deve realizar prévia verificação de possíveis meios alternativos que restrinjam em menor medida os direitos fundamentais afetados por esta.

Por fim, deve-se analisar o aspecto da *proporcionalidade em sentido estrito*. Nesta fase de investigação, deve-se submeter o critério restritivo à uma análise comparativa entre os meios efetivamente utilizados e os fins apontados. É o que se chama de juízo de ponderação no caso concreto. Objetivando a manutenção de certo equilíbrio, é nesta fase que se faz a avaliação das vantagens percebidas na proteção do fim almejado, e das desvantagens decorrentes do meio utilizado para tal. Para muitos autores a proporcionalidade estrita também é chamada de razoabilidade ou justa medida.

²²¹ SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF - limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001, p. 107-108.

²²² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 407.

O grande questionamento a ser exaurido é o seguinte: O fator de discriminação adotado pelas normas – orientação sexual – é razoável e proporcional em relação ao fim buscado?

Este seria um dos casos em que a orientação sexual é fator suficiente e autônomo, capaz de justificar e fundamentar um tratamento jurídico diferenciado, dado à candidatos à doação sanguínea?

Até que ponto o fato de um homem manter relações sexuais com outro homem é, por si só, capaz de justificar o seu impedimento, por doze meses, desde o último ato sexual, de doar sangue?

O fim almejado pela medida restritiva é a proteção do direito fundamental à saúde dos possíveis receptores do sangue, prevista em vários dispositivos constitucionais, inclusive tendo uma seção específica reservada para seu tratamento, localizada no título que dispõe acerca da ordem social da República Federativa, nos artigos 196 à 200 da Constituição Federal.

Há uma finalidade legítima aparente, que é a de garantir a saúde dos cidadãos que necessitam de transfusões sanguíneas, ao protegê-los de possíveis doenças infecciosas transmitidas por meio do sangue. Porém, ao se reconhecer que a prática sexual de HSHs por si só, não configura prática de risco, como bem se demonstrou anteriormente, não há risco potencial aos receptores de sangue.

Fato é que, neste caso, não se vislumbra sequer tensão entre direitos fundamentais, pois a orientação sexual de um indivíduo, por si só, não é passível de representar risco em si mesma.

Uma medida realmente apta a garantir a segurança do material sanguíneo doado é a consideração das práticas sexuais concretas dos doadores, feita por meio de uma avaliação de risco individual, que leve em consideração o efetivo envolvimento do indivíduo em práticas sexuais de risco, como o uso de preservativo, número de parceiros ou parceiras e etc.

Considerar o sexo realizado entre HSH como situação de risco inerente e definitivo é o mesmo que enquadrá-los no conceito de grupo de risco, já ultrapassado e abandonado pela comunidade científica e médica. Trata-se de discriminação arbitrária, pois consiste em diferenciação de tratamento entre homens que fazem sexo com homens de homens que fazem sexo com mulheres.

Nos moldes de como dispõe a Portaria ministerial, o critério de exclusão é identificado na primeira fase de triagem clínica, que compreende a entrevista individual. É neste momento, em que o profissional de saúde indaga ao pretendo doador sobre eventuais comportamentos de risco, que se é perguntado se houve ou não o sexo entre homens.

Com base na resposta, positiva ou negativa, o indivíduo é imediatamente considerado inapto temporariamente à doação sanguínea, e impedido de prosseguir no procedimento, sem que tenha seu sangue submetido à exames laboratoriais, bem como sem ser indagado sobre suas práticas sexuais concretas, relativas ao uso ou não de preservativo, ou exposição a outros fatores de risco à contaminação.

Existem outros critérios muito mais eficazes a serem utilizados pelos bancos de sangue para detectar possíveis riscos reais não só do HIV, mas de outras doenças infecciosas que o simples questionamento quanto à orientação sexual das pessoas.

Ao se considerar as práticas sexuais concretas dos doadores, por meio de uma avaliação de risco individual, que leve em consideração o uso de preservativo, ou não, se com parceiros ocasionais ou desconhecidos.

Neste sentido, é essencial que se mencione o fato de as portarias já disporem acerca de situações de risco ensejadoras de inaptidão temporária para doação de sangue, determinando, inclusive, um rol de práticas que, por si só, realmente podem representar um risco em si mesmo, independentemente da orientação sexual de quem as pratica.

Enquadram-se nestas situações indivíduos que tenham feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais; que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais; que tenham sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais; que tenha tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea; que tenham 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; que tenham feito “piercing”, tatuagem ou maquiagem definitiva, sem condições de avaliação quanto à segurança

do procedimento realizado; que sejam parceiros sexuais de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de componentes sanguíneos ou derivados; e que teve acidente com material biológico e em consequência apresentou contato de mucosa e/ou pele não íntegra com o referido material biológico.²²³

Interessante notar que os mesmos dispositivos sequer fazem referência ao uso de preservativo, ignorando o fato de que este é, atualmente, o método mais eficaz na prevenção de transmissão de doenças infecciosas.²²⁴

O equívoco na inclusão da prática sexual entre HSH no rol destas situações de risco acrescido consiste na presunção de que a orientação sexual destes homens, por si só, representa um risco maior de infecções.

Isto é uma inverdade, pois, para se determinar o risco concreto de qualquer relação sexual, deve-se analisar vários outros aspectos, como o uso ou não de preservativo, já que práticas sexuais inseguras podem ocorrer com qualquer pessoa, independente do gênero.

Existem meios menos gravosos e até mais eficazes para atingir o objetivo de garantir a proteção e segurança das transfusões.

Apesar de a medida visar proteger um valor constitucional importante, e até mesmo essencial a ser resguardado, o critério orientação sexual também não se mostra como medida necessária ao atingimento do objetivo proposto.

Existem medidas alternativas, não discriminatórias, e inclusive mais eficazes e menos prejudiciais que fazem jus aos valores da dignidade da pessoa humana considerada em si mesma, da liberdade e da igualdade.

Os questionamentos a serem feitos na fase de entrevistas devem dizer respeito única e exclusivamente a possíveis comportamentos sexuais de risco, sem haver necessidade de se questionar quanto à orientação sexual.

Ao se submeter o critério restritivo à uma análise comparativa entre os meios efetivamente utilizados e os fins apontados, fazendo verdadeiro juízo de ponderação no caso concreto, objetiva-se avaliar as vantagens percebidas na proteção do fim

²²³ Conforme dispõe os artigos 25 da Resolução nº 34, de 11 de junho de 2014 da ANVISA; e artigo 64 da Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde.

²²⁴ Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/por-que-usar> Acesso em: fev 2017.

almejado, e desvantagens percebidas decorrentes do meio utilizado para tal.

Pelo fato de a restrição ser completamente inadequada, já que não atinge o bem a que se dirige, e desnecessária, pois já existem mecanismos menos restritivos que tem a capacidade de atingir o objetivo pretendido, e que não contribuem com a manutenção de estigmas sociais de grupos historicamente discriminados.

O prejuízo de impedir que milhares de pessoas doem sangue, sem terem seu material sanguíneo submetidos à exames de alta sensibilidade para possíveis infecções, termina então por causar mais prejuízos ao sistema de saúde do que os supostos benefícios.

Além disso, a presunção de que HSH fazem sexo inseguro contribui para o reforço de discriminação e o estigma social que homens homossexuais e bissexuais ainda sofrem na sociedade. Trata-se da reprodução de um discurso responsável por estereotipar toda uma parcela da população, historicamente discriminada e alijada de direitos.

O direito de exercer a solidariedade humana de milhões de homens homossexuais, bissexuais e das parceiras sexuais destes, é então relativizado e retirado dessas pessoas, por uma legislação manifestamente estigmatizadora e contraditória, conseqüentemente a noção de cidadania destas pessoas.

O contexto atual dos bancos de sangue brasileiros ainda é marcado por uma enorme carência de material sanguíneo, bem como pela dificuldade na assistência de milhões de pessoas que dependem desta atividade para manterem-se vivas e saudáveis.

Os baixíssimos níveis de material sanguíneo nos estoques de bancos de sangue públicos e privados colocam em risco a vida e a dignidade de milhões de pessoas que estão enfrentando doenças e adversidades das mais diversas.

3.4 Considerações finais

Levando em consideração todo o exposto anteriormente, a restrição representa uma violação à dignidade humana de homossexuais, bissexuais e outros homens que fazem sexo com outros homens, pois condiciona a possibilidade de doação de sangue apenas, e somente se, estes abrirem mão da vivência plena de suas orientações sexuais, tolhendo sua autodeterminação sexual, diante da exigência de abstinência sexual por pelo menos 12 (doze) meses. Essa imposição os priva de exercer sua sexualidade, prejudicando severamente o livre desenvolvimento de suas personalidades.

Viola o direito fundamental à liberdade de sexualidade, de orientação sexual, e principalmente limita absolutamente o direito ao exercício de consciência homossexual e/ou bissexual. Trata-se de uma restrição à liberdade de escolha quanto à questões de ordem privada dos indivíduos, as quais o Estado deve se abster de intervir.

A extensão de tratamento jurídico desigual por motivo de orientação sexual configura clara violação ao direito fundamental à igualdade e isonomia, pois todas as orientações sexuais se referem à características intrínsecas e essenciais à subjetividade das pessoas, e merecem igual respeito e consideração.

Apesar de a medida visar proteger um valor constitucional importante a ser resguardado, qual seja, o direito à saúde dos receptores do sangue, o critério orientação sexual não se mostra como medida necessária e eficaz ao fim proposto, restando clara violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Considerar a orientação sexual como um fator de risco por si só, é o mesmo que ressuscitar o antigo conceito ineficaz e ultrapassado de grupos de risco, que não mais se adequa à realidade de evolução científica, tecnológica e médica em torno da AIDS.

Por fim, a restrição se mostra completamente inadequada, já que não atinge o bem a que se dirige, e portanto desnecessária, pois já existem mecanismos menos restritivos que tem a capacidade de atingir o objetivo pretendido, e que não contribuem com a manutenção de estigmas sociais de grupos historicamente discriminados.

CONCLUSÃO

O Estado constitucional ao conceber a supremacia da Constituição, impõe que as pessoas e autoridades operem o direito de forma coerente com os princípios e valores estabelecidos por esta. Tanto quanto proibições, existem verdadeiras obrigações impostas à todos os atores sociais, componentes das atuais sociedades pluralistas, no sentido de atuar de forma colaborativa em direção à concretização desse valores, de forma democrática e cooperativa.

A eficácia irradiante atualmente atribuída aos direitos fundamentais, característica mais marcante do novo paradigma de sistema político/jurídico, fornece diretrizes para que o direito infraconstitucional seja criado, aplicado e interpretado, de modo que se faz vital que esteja em harmonia com uma interpretação e aplicação sistêmica conforme a Constituição e seus valores.

A necessidade de interpretação constitucional com o objetivo de concretizar os valores e objetivos resguardados pela Carta Magna necessariamente feita por diferentes pessoas e autoridades, transforma a todos em verdadeiros ativistas constitucionais, que, necessariamente devem manter suas condutas e ações vinculados à esta, e, portanto, perseguir os objetivos que a carta maior do Estado indica como os do Estado democrático de Direito.

Neste sentido, quando a Constituição Federal da República, em seu art. 3º, delimita os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, e elenca o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, visando a promoção do bem de todos, sem que haja preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, institui também, o princípio da solidariedade, no sentido de que, se é o objetivo da República, também é o de todos nós. Portanto, todos, indistintamente, têm o dever constitucional de promover o bem e, com isso, se despir de preconceitos infundados.²²⁵

A fraternidade e a solidariedade, sendo inerentes à própria concepção de dignidade da pessoa humana, estão consubstanciadas nesse dever de respeito no âmbito das comunidades dos seres humanos. E é exatamente nesse sentido, de

²²⁵ RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. In: DIAS, Maria. Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos, 2012, p. 192.

respeito ao ser humano e às suas escolhas, que o princípio da solidariedade se insere na luta por tratamento igualitário.²²⁶

A finalidade do regime democrático, nessa esteira, deve então estar calcada na concretização de políticas públicas que revelem ao homem a melhor situação sociopolítica, em benefício da coletividade, sem se furtar em relação ao respeito da individualidade dos cidadãos, que devem ter seus direitos e garantias fundamentais não apenas assegurados constitucionalmente, como também concretizados e transformados em realidade.²²⁷

A restrição de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens tem como justificativa um contexto histórico bem delimitado, relacionado à descoberta do vírus HIV, o surgimento da Síndrome de imunodeficiência adquirida – AIDS, a constatação de que o fornecimento de transfusões sanguíneas é um vetor importante de transmissão de doenças, e por isso deve ser regulamentado de forma a diminuir os eventuais riscos de infecção.

O contexto histórico relacionado à epidemia da AIDS, na década de 1980 de fato fez com que a grande maioria dos países do mundo desenvolvessem políticas e legislações visando o controle e a diminuição de transmissões do vírus HIV. A proibição de certos grupos quanto à doação de sangue, com o objetivo de garantir a segurança transfusional foi uma dessas importantes medidas.

A adoção do conceito de grupos de risco à AIDS, e a consequente inclusão de homens homossexuais, bissexuais e HSH nesses grupos, bem como a ausência de técnicas para investigar e diagnosticar a existência do vírus HIV no sangue, implicaram diretamente no processo de surgimento de legislações e políticas públicas, em todo o mundo, tendentes à impedir, definitivamente ou temporariamente que estes homens doassem sangue.

Entretanto, a realidade atual aponta para um novo contexto, totalmente dissociado daquele marcado pelo desconhecimento em relação à doença, pela

²²⁶ RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. In: DIAS, Maria. *Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos*, 2012, p. 192.

²²⁷ SANTOS, Thaysa Prado Ricardo dos. Incentivos à doação de sangue: fomento à dignidade da pessoa humana x comercialização inconstitucional. *Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, 12:222-240, vol. 1, p. 226, abril/2010.

insegurança quanto aos métodos de inativação viral, prevenção e controle da epidemia.

Nas últimas décadas, graças aos avanços científicos e tecnológicos, ao o maior acesso à informações seguras sobre a patologia, as mudanças nos dados epidemiológicos das mais diversas populações, bem como a estabilização de novos contágios, tem se observado um maior controle e estabilização da epidemia criando um novo contexto relacionado à síndrome.

Diante deste contexto, as comunidades científica e médica internacional, bem como instituições sociais que lutam pela igualdade sexual e de gênero dos mais variados países ao redor do mundo, vem debatendo intensamente sobre a revisão das normas restritivas que dizem respeito à doação sanguínea por homossexuais, bissexuais, HSH e as parceiras sexuais destes, bem como sobre possibilidade de instituição de normas menos restritivas e que mantenham a segurança transfusional.

No Brasil, apesar de não ser nova a discussão, o tema tomou enorme visibilidade com o ajuizamento da ADI 5543 que pretende declarar inconstitucionais as normas que utilizam como critério de exclusão doadores com orientações sexuais homo e bissexuais.

O contexto atual dos bancos de sangue brasileiros é marcado por uma enorme carência de material sanguíneo, bem como pela dificuldade em assistir milhões de pessoas que dependem desta atividade para manterem-se vivas e saudáveis. Os baixíssimos níveis de material sanguíneo nos estoques de bancos de sangue públicos e privados colocam em risco a vida e a dignidade de milhões de pessoas que estão enfrentando doenças e adversidades das mais diversas.

Diante desta realidade, não se mostra razoável ou coerente manter critérios de seleção de doadores que restrinja toda uma parcela populacional relevante, com base em preconceitos mascarados com argumentos que invocam o controle da segurança e qualidade do sangue doado, contribuindo para que essa realidade deficitária continue fazendo vítimas, prejudicando severamente a própria promoção da saúde pública, trazendo consequências desastrosas à população de modo geral.

O direito de exercer a solidariedade humana através da doação sanguínea ainda, portanto é retirado de milhões de homens homossexuais, bissexuais e de suas parceiras sexuais, por uma legislação manifestamente estigmatizadora e contraditória, representando uma afronta direta à dignidade humana e cidadania dessas pessoas.

Este contexto colabora com a contínua disseminação de ideias equivocadas, o estigmatizando pessoas LGBT, as colocando em uma situação de vulnerabilidade social e marginalização, validando preconceitos, contribuindo para sejam alvos das mais diversas formas de violência, simbólicas e físicas, sendo apenas mais uma faceta da reprodução de um discurso responsável por estereotipar toda uma parcela da população, historicamente discriminada e alijada de direitos.

REFERÊNCIAS

ALL OUT. Disponível em: < <http://www.allout.org/pt/>> Acesso em: 07 de jun.2016

ARGENTINA. MINISTERIO DE SALUD. Ministerio de Salud pone fin a la discriminación por la orientación sexual para donar sangre. Disponível em: http://www.msal.gob.ar/prensa/index.php?option=com_content&view=article&id=2846:ministerio-de-salud-pone-fin-a-la-discriminacion-por-la-orientacion-sexual-para-donar-sangre&catid=6:destacados-slide2846. Acesso em: jan 2017.

AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA, Ivan Júnior; CALAZANS, Gabriela Junqueira; FILHO, Haroldo César Saletti. O conceito de Vulnerabilidade e as Práticas de Saúde: novas perspectivas e desafios. In. Promoção da Saúde: conceitos, reflexões, tendências. Rio de Janeiro. Editora FIOCRUZ. 2ª Edição: 2009. Organizado por Dina Czeresnia e Carlos Machado de Freitas.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetiva no Brasil. p. 17 Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/homoafetivas_parecer.pdf Acesso em: jan 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetiva no Brasil. Boletim Científico. ESMPU, Brasília. A. 6 – n. 22/23, p. 133 – jan./jun. 2007. Acesso em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC_22e23_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf Acesso em: dez 2016.

BARROSO. Luís Roberto. Diferentes mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetiva no Brasil. Boletim Científico. ESMPU, Brasília. A. 6 – n. 22/23, p. 133 – jan./jun. 2007. Acesso em:

http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC_22e23_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y

BBC. Tiroteio em boate reacende polêmica sobre proibição de doação de sangue por gays nos EUA. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36513401> Acesso em: jan 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 343, de 13 de dezembro de 2002. Aprova o regulamento técnico para a obtenção, testagem, processamento e controle de qualidade de sangue e hemocomponentes para uso humano. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 2003. Seção I, p. 40-50. Disponível também em: http://www.aeap.org.br/doc/resolucao_rdc_343_de_13_de_dezembro_de_2002.pdf

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 153, de 14 de junho de 2004. Determina o Regulamento técnico para os procedimentos hemoterápicos, incluindo a coleta, o processamento, a testagem, o armazenamento, o transporte, o controle de qualidade e o uso humano de sangue, e seus componentes, obtidos do sangue venoso, do cordão umbilical, da placenta e da medula óssea. Item B.5.2.7.2. Disponível em: http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexo_7_0.pdf. Acesso em: ago 2016.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016.

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

BRASIL. Decreto nº 95.721, de 11 de Fevereiro de 1988. Regulamenta a Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988, que "estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando prevenir a propagação de doenças".

BRASIL. Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Resolução nº 34, de 11 de junho de 2014. Dispõe sobre as boas práticas do ciclo de sangue. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.saude.rs.gov.br/upload/1418735690_Resolucao%20_%20RDC%20ANVISA%2034_%20de%2011%20de%20junho%20de%202014.pdf. Acesso em: 10 jun 2016.

BRASIL. Lei nº 10.205/2001. 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.

BRASIL. Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando prevenir a propagação de doenças.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.376, de 19 de novembro de 1993. Aprova alterações na Portaria nº 721/GM, de 9 de agosto de 1989, que aprova normas técnicas para coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências. [acesso em 15 jun 2016]. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAkKYAJ/portaria-n-1-376-19-novembro-1993>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>. Acesso em: 7 jun 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 721, de 9 de agosto de 1989. Aprova normas técnicas para a coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências. Brasília: Anvisa; [acesso 03 jun 2016]. Disponível em: http://www.hemoce.ce.gov.br/images/Artigos/721_89%20hemovigilancia.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Voto da Ministra Carmen Lúcia.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª edição. Coimbra: 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Cadernos democráticos, vol. 7. Ed. 1. Gradiva publicações.1999.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003. In: Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio. 20 anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009

CASEY, Shawn Carroll. Illicit Regulation: A Framework for Challenging the Procedural Validity of the Gay Blood Ban. In: Food and Drug Law Journal, vol. 66, n. 4, pp. 551-568,2011.

CHILE. MINISTERIO DE SALUD. Norma General Técnica nº 0146. Norma que regula el procedimiento de atención de donantes de sangre. Disponível em: <http://www.hematologia.org/bases/arch1087.pdf> Acesso em: fev 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm> Acesso em: mar 2017.

DANIEL, Herbert; PARKER, Richard, AIDS: a terceira epidemia. São Paulo: Iglu Editora, 1991. In: TERTO, Veriano Junior. Homossexualidade e saúde: desafios para a terceira década de epidemia de HIV/AIDS. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 8, n. 17, Junho de 2002, p. 148.

DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva: o preconceito & a justiça. 4ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2009.

EL MOVIMIENTO DE INTEGRACIÓN Y LIBERACIÓN HOMOSEXUAL (MOVILH). Desde el 28 de junio de 1991 es un organismo defensor de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT), cuyas intervenciones son de alcance nacional y abarcan los ámbitos sociales, culturales, políticos, económicos, jurídicos y legislativos. Disponível em: <http://www.movilh.cl/quienes-somos/presentacion/> Acesso em: fev 2017.

EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. Chile anula lei que proibia gays de doarem sangue. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2013/04/chile-anula-lei-que-proibia-gays-de-doar-sangue> Acesso em: fev 2017.

ESPANHA. MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Real Decreto 1088 de 16 de septiembre de 2005. Establece los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-15514-consolidado.pdf> Acesso em: jan 2017.

EXAME.COM. EUA derrubam proibição para doações de sangue por gays. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/mundo/eua-derrubam-proibicao-para-doacoes-de-sangue-por-gays/> Acesso em: dez 2016.

FACHIN, Melina Girardi. Diversos caminhos do afeto: as uniões entre pessoas do mesmo sexo à luz da cena contemporânea de proteção dos direitos humanos. In:

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ, Carolina Valença. Série IDP – Manual do direito homoafetivo. 1ª Edição. Saraiva. 2013.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coordenadores). Direito à diversidade. São Paulo: Atlas, 2015.

FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. U.S. Department of Health and Human Services. Center for Biologics Evaluation and Research. Revised Recommendations for Reducing the Risk of Human Immunodeficiency Virus Transmission by Blood and Blood Products. Maio de 2015. p. 4. Disponível em:

<https://www.fda.gov/downloads/BiologicsBloodVaccines/GuidanceComplianceRegulatoryInformation/Guidances/Blood/UCM446580.pdf> Acesso em: fev 2017.

GLOBOVISION. Argentina levanta restricciones para que donen sangre homosexuales. Disponível em: <http://archivo.globovision.com/argentina-levanta-restricciones-para-que-donen-sangre-homosexuales/> Acesso em: fev 2017.

GRUPO DIGNIDADE. Disponível em: < <http://www.grupodignidade.org.br/> > Acesso em: 08 de jun.2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões. Ano 2012. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf> Acesso em: maio 2016.

IGUALDADE NA VEIA. Disponível em: <<http://www.igualdadenaveia.com.br/> Acesso em: 12 de jun.2016.

KANT, Immanuel. Fundamentação à metafísica dos costumes. Lisboa: Edição 70, 2005.

LADO BI. Massacre na boate Pulse: gays continuam impedidos de doar sangue. Disponível em: <http://ladobi.uol.com.br/2016/06/boate-pulse-doacao-sangue/> Acesso em: fev 2017.

LAWRENCE K. Altman. New Homosexual Disorder Worries Health Officials. New York Times Journal, 1982. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1982/05/11/science/new-homosexual-disorder-worries-health-officials.html?pagewanted=all>

LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna. In: RIOS, Roger Raupp (organizador) Em defesa dos direitos sexuais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Cursos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais. História da AIDS. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/2010/257>. Acesso em: 16 de set. 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais. O QUE É HIV. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-aids>. Acesso em: 18 de set. 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de IST, Aids e Hepatites Virais Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-janela-imunologica>. Acesso em: 3 de fev, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. Manual técnico para diagnóstico da infecção pelo HIV. Brasília, 2014.

NÚCLEO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS – NEC. Grupo de estudos e pesquisas vinculado ao UniCEUB. Disponível em: <https://necdebrasil.wordpress.com/projeto-stf-em-pauta/>. Acesso em: jan 2016.

OTERO, Paulo. Instituições políticas e constitucionais. Vol. 1. Lisboa. Editora Almedina, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011.

PETIÇÃO ONLINE. Disponível em: https://secure.avaaz.org/po/petition/Congresso_Nacional_Ministerio_da_Saude_Regularizacao_da_doacao_de_sangue_pelos_homossexuais/?pv=9/ Acesso em: 14 de jun.2016.

RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. In: DIAS, Maria. Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos, 2012.

RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. In: DIAS, Maria. Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos, 2012.

REIS, Toni. Avanços e desafios para os direitos humanos das pessoas LGBT. In: Minorias Sexuais – Direitos e Preconceitos. Coordenado por Tereza Rodrigues Vieira. Editora Consulex, 1ª ed. 2012.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF - limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

SANTOS, Thaysa Prado Ricardo dos. Incentivos à doação de sangue: fomento à dignidade da pessoa humana x comercialização inconstitucional. Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, vol. 1, p. 224, abril/2010. Disponível em:

<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/600/564>
Acesso em: Julho 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Ativismos são necessários no Estado de Direitos Fundamentais. CONJUR: 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-20/observatorio-constitucional-ativismos-sao-necessarios-estado-direitos-fundamentais>. Acesso em 15 de junho de 2016.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Brasília: Universidade de Brasília, 2013.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4438, ago. de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 7 mai 2016.

SUPER INTERESSANTE. Brasil desperdiça 18 milhões de litros de sangue ao ano por preconceito. Disponível em: <http://super.abril.com.br/saude/brasil-desperdica-18-milhoes-de-litros-de-sangue-ao-ano-por-preconceito/> Acesso em mar 2017.

SUPER PRIDE. Caminhão com sangue gay revela desperdício por puro preconceito. Disponível em: <http://www.superpride.com.br/2016/04/caminhao-com-sangue-gay-revela-desperdicio-por-puro-preconceito.html/>

THE HUFFINGTON POST. Argentina lifts ban on gay men donating blood. Disponível em: http://www.huffpostbrasil.com/entry/argentina-gay-blood-ban_us_55ff91d9e4b00310edf79884 Acesso em: fev 2017.

THE HUFFINGTON POST. FDA recommends lifting ban on gay men donating blood. Disponível em: http://www.huffpostbrasil.com/entry/gay-blood-ban_n_7264942 Acesso em: jan 2017.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os princípios fundantes. In: DIAS, Maria. Minorias Sexuais: Direitos e Preconceitos, 2012.

WASTED BLOOD. Disponível em: <http://www.wastedblood.com.br/> Acesso em: 15 de jun.2016.

YAMADA TANAKA, Mirtha Susana; ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA, Aline. Homens que fazem sexo com homens e a análise ética da triagem dos doadores de sangue no Brasil. Conselho Federal de Medicina. Revista Bioética, vol. 18, núm. 3. Ano 2010, p. 590. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533254007> Acesso em 2 de jun. 2016.