

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR MINISTRO EDSON FACHIN DO EGRÉGIO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543.

Requerente: Partido Socialista Brasileiro (PSB)

Interessados: Ministério da Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS - ABRAFH, associação civil sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 23.420.475/0001-32, com sede à Rua Buenos Aires, n. 2 – sala 1702, Centro, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20.070-022, tendo como objetivo a promoção e defesa dos direitos da população e famílias LGBTI e o combate à homofobia e transfobia (como indica o estatuto social anexo), representada de acordo com seus atos constitutivos, por seu presidente, Sr. **ROGÉRIO KOSCHECK**, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por meio de suas advogadas e membros do Conselho Jurídico da Associação, que, esta, subscrevem, com endereço profissional à Avenida Rio Branco, nº 1 – 12º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, com fundamento no § 2º do art. 6º da Lei 9.882/99 e §2º do art. 7º da Lei 9.868/99, solicitar ingresso na presente ação na qualidade de **AMICUS CURIAE**, pelos fundamentos a seguir expostos.

1. OBJETO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI nº 5543

1. O Partido Socialista Brasileiro - PSB propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com pedido de medida cautelar, contra o art. 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, inciso XXX, alínea d, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que proíbem a doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes pelo período de 12 (doze) meses a partir da última relação sexual.

2. Segundo o contexto histórico apresentado na petição inicial da ADI em epígrafe, os motivos que ensejaram a edição dos dispositivos impugnados foram o temor e o desconhecimento científico sobre Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) na década de 1980, quando ocorreu uma epidemia dessa doença e ocasionou a morte de muitas pessoas. Naquela época, acreditava-se que a AIDS era uma disfunção característica dos homossexuais e ao ser desvendado que uma das formas de transmissão do vírus HIV era a transfusão de sangue, passou-se a proibir a doação sanguínea por esse grupo social.

3. Contudo, o autor da ADI sustenta que tais motivos não subsistem, pois dados de pesquisas realizadas recentemente informam que o número de infecções pelo vírus HIV registradas entre os anos de 1980 e 2015 é consideravelmente maior nas pessoas heterossexuais, do que nas pessoas homossexuais e bissexuais juntas, sendo que os avanços científicos e tecnológicos da medicina permitiram o desenvolvimento de meios eficientes para a detecção do vírus HIV, que já são utilizados na triagem dos doadores, reduzindo, assim, drasticamente a possibilidade de contaminação por meio de transfusão. Portanto, inexistem razões para a manutenção da daquelas normas no país.

4. Nesse sentido, o autor da ADI assevera que a restrição imposta pelas normas impugnadas: (i) ofende a dignidade dos envolvidos, por caracterizar tratamento

discriminatório em razão da orientação sexual; (ii) impede que homens homossexuais saudáveis exerçam a solidariedade com a doação sanguínea; e (iii) obsta que aproximadamente 19 (dezenove) milhões de litros de sangue sejam recebidos anualmente pelos bancos brasileiros, deixando de salvar inúmeras vidas.

5. Por tais razões, o partido político autor pede seja declarada a inconstitucionalidade das referidas legislações, por violarem frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB/88), o direito fundamental à igualdade (artigo 5º, caput, CRFB/88), o objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminações (art. 3º, inciso IV, CRFB/88), o princípio da proporcionalidade, e, em sede de medida cautelar, requer a suspensão liminar da eficácia dos dispositivos impugnados, ante a grave violação à dignidade dos homens homossexuais e bissexuais, que são diariamente estigmatizados como grupo de risco unicamente pela orientação sexual, bem como em razão da premente necessidade de milhares de brasileiros de receber doações sanguíneas conjugada com a enorme carência dos nossos bancos de sangue.

2. APTIDÃO DA PETICIONÁRIA PARA INTERVIR NA ADI nº 5543 COMO *AMICUS CURIAE*

6. *Amicus curiae* é a expressão latina que, traduzida para o idioma português, significa “amigo da Corte”. No Direito Processual *amicus curiae* representa a figura do terceiro que tem um interesse institucional no objeto de determinada causa e dada a relevância da matéria, nela, discutida, ou a especificidade do tema, ou a repercussão social da controvérsia, esse terceiro, se comprovar a sua representatividade adequada, poderá ser admitido no processo judicial sem passar, no entanto, a titularizar a condição de parte no processo, podendo fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) para a auxiliar o órgão jurisdicional no julgamento da demanda¹.

¹ TALAMINI, Eduardo. *Amicus Curiae*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 438-439.

7. Muitos tribunais e instâncias internacionais adjudicatórias, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e tribunais arbitrais aceitam a intervenção de *amicus curiae* em seus julgamentos². Dos países da América Latina, o Brasil é considerado pela doutrina estrangeira como o grande precursor desse movimento³.

8. No direito brasileiro, a participação do *amicus curiae* chegou a ser admitida em processo judicial de controle concentrado de constitucionalidade antes mesmo de haver previsão legal que a autorizasse, como ocorreu no julgamento emblemático do Agravo Regimental na ADI 748-4, no qual o Pleno do STF, contrariando dispositivos do próprio Regimento Interno, admitiu a juntada de memorial expositivo por órgão estatal que não era parte no processo, considerando-o mero “colaborador informal” e não interveniente *ad coadjuvandum*,⁴.

9. Os memoriais de *amicus curiae* constituem um instrumento jurídico antigo, com origem no direito romano clássico e com grande tradição em países da *common law*, mormente nos EUA. Além do grande desenvolvimento da atuação de *amicus curiae* em jurisdições da *common law* e em processos internacionais, assiste-se a uma tendência mais recente: a participação de *amicus curiae* por meio de memoriais e de intervenções orais no julgamento em jurisdições da *civil law*, como no Brasil.

10. Em 11 de novembro de 1999, com a entrada em vigor da Lei nº 9.868, que trata sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a participação

² Cf. KOCHEVAR, Steven. “Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions”, *In: Yale Law Journal*, vol. 122, n. 6, pp.1653-1669, 2013, p. 1657.

³ Cf. KOCHEVAR, Steven. “Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions”, cit., p. 1659.

⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363407>. Acesso em 14/06/2016.

do *amicus curiae* passou a estar legalmente prevista para essas ações, conforme se extrai do artigo 7º, §2º, *in verbis*:

“Art. 7º omissis.

(...)

§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

11. No entanto, é importante ressaltar que o Novo Código de Processo Civil destinou um capítulo exclusivo para o *amicus curiae*, que pertence à sessão que trata da assistência litisconsorcial, inserida no título referente à intervenção de terceiros. Trata-se de norma explícita estabelecendo o cabimento genérico de intervenção de terceiro na condição de *amicus curiae*⁵. Eis o inteiro teor do artigo 138 do CPC/2015:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do §3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

⁵ TALAMINI, Eduardo. *Amicus Curiae. op. cit.*, p. 438.

12. Considerando que o artigo 1.046, §2º do CPC/2015 prevê a aplicação supletiva das normas do Novo Código de Processo Civil aos procedimentos regulados por leis especiais, para que seja possível analisar a aptidão de determinada pessoa, entidade ou órgão estatal para atuar como *amicus curiae* em ação de controle concentrado de constitucionalidade, é indispensável a conjugação do artigo 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99 com o artigo 138 do CPC/2015.

13. Pois bem. Da leitura conjugada dos referidos dispositivos legais, extrai-se que para se admitir a participação de *amicus curiae* em processo judicial, é necessário demonstrar ao órgão julgador a relevância da matéria, ou a especificidade do tema objeto da demanda, ou a repercussão social da controvérsia (condição objetiva). Além disso, é necessário que pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada que pretenda participar do processo demonstre a sua representatividade adequada (condição subjetiva).

14. No que se refere à condição objetiva, não resta dúvida a **relevância da matéria** tratada nesta ação direta de inconstitucionalidade, pois envolve questões sérias e graves afetas à dignidade da pessoa humana, que causam restrições a direitos fundamentais, seja em razão da odiosa e injustificada discriminação por orientação sexual positivada nas normas impugnadas, seja em razão das infundadas limitações impostas pelo Poder Público ao acesso da população a recurso biológico (sangue) capaz de salvar inúmeras vidas.

15. Da mesma forma, resta evidente a **repercussão social da controvérsia**, uma vez que tal restrição discriminatória e limitadora de direitos fundamentais atinge uma enorme quantidade de homens homo e bissexuais saudáveis que desejam prestar um ato de solidariedade por excelência e se veem impedidos por causa de uma restrição normativa, sem contar a grande parcela da população doente que necessita urgentemente da doação de sangue para tentar salvar a vida.

16. Quanto à relevância da matéria e a repercussão social da controvérsia, cabe destacar que Vossa Excelência já reconheceu a presença dessas condições objetivas nesta ação direta de inconstitucionalidade, ao proferir o despacho inicial. Veja-se:

Tendo em vista a relevância da matéria debatida nos presentes autos e sua importância para a ordem social e segurança jurídica, adoto o rito positivado no artigo 12 da Lei 9.868/1999, a fim de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a análise definitiva da questão.

Anoto desde logo e por oportuno que aqui se está diante de regulamentação que toca direto ao núcleo mais íntimo do que se pode considerar a dignidade da pessoa humana, fundamento maior de nossa República e do Estado Constitucional que ela vivifica.

Não me afigura correto ou salutar que se coadune com um modo de agir que evidencie constante apequenar desse princípio maior, tolhendo parcela da população de sua intrínseca humanidade ao negar-lhe a possibilidade de exercício de empatia e da alteridade como elementos constitutivos da própria personalidade.

Sob qualquer ângulo que se olhe para a questão, o correr do tempo mostra-se como um inexorável inimigo. Quer para quem luta por vivificar e vivenciar a promessa constitucional da igualdade, quer por quem luta viver e tanto precisa do olhar solidário do outro.

Muito sangue tem sido derramado em nosso país em nome de preconceitos que não se sustentam, a impor a célere e definitiva análise da questão por esta Suprema Corte. (Grifo nosso).

17. É importante ressaltar também a **especificidade do tema objeto desta demanda**, pois envolve questões relativas à **medicina** e à **aos direitos LGBTI**, assuntos que demandam subsídios técnicos-jurídicos a serem fornecidos por especialistas tanto da área da Medicina, quando do direito, e que serão essenciais para auxiliar o órgão julgador a formar o seu convencimento nesta causa.

18. Sobre a especificidade do tema, a peticionária traz à colação os ensinamentos do jurista Eduardo Talamini, Doutor e Mestre pela Universidade de São Paulo, Professor de Direito Processual Civil, Processo Constitucional e Arbitragem da Universidade Federal do Paraná, em seu ensaio “*Amicus Curiae*” inserto na obra “Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil”, 1ª edição, página 441, que reforçam a importância de contribuições estritamente jurídicas fornecidas pelo *amicus curiae*:

A complexidade da matéria justificadora da participação do *amicus* tanto pode ser fática quanto técnica, jurídica ou extrajurídica. Ao avaliar a necessidade de subsídios técnico-jurídico o juiz deve estar investido da humildade que é indispensável a todo aquele que investiga. Os possíveis subsídios devem sempre ser considerados bem-vindos pelo julgador, na medida em que o ajudem na solução da causa. Isso se aplica inclusive a possíveis contribuições de conteúdo estritamente jurídico. A ideia de que o “juiz conhece o direito” (*jura novit curia*) não pode servir de fundamento para o magistrado negar-se a receber subsídios dessa natureza; pelo contrário: tal brocardo presta-se a indicar que o juiz tem o dever de aplicar corretamente o direito, e, portanto, tem o dever de empreender os esforços para esse fim, valendo-se de todos os mecanismos que o ordenamento oferece, inclusive, a colaboração do *amicus curiae*. (Grifo nosso).

19. Além disso, deve-se destacar que esta Egrégia Corte reconheceu a importância da intervenção dos *amici curiae* no julgamento pelo STF da ADPF 132 e ADI 4277, **que reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar**, conforme se afere no trecho do voto do Min. Celso de Mello, abaixo, transcrito:

É, portanto, nesse papel de intermediário entre as diferentes forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal atua neste julgamento, considerando, de um lado, a transcendência da questão constitucional suscitada neste processo (bem assim os valores essenciais e relevantes ora em

exame), e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador da intervenção de representantes da sociedade civil, a quem se ensejou, com especial destaque para grupos minoritários, a possibilidade de, eles próprios, oferecerem alternativas para a interpretação constitucional no que se refere aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica. (G. N.).

20. No que tange à **representatividade adequada**, cumpre ressaltar que essa condição subjetiva não tem natureza de legitimação subjetiva, mas sim de qualificação objetiva⁶. Nesse sentido, Eduardo Talamini ensina que:

A lei aludiu a ‘representatividade adequada’, mas não se trata propriamente da aptidão do terceiro em representar ou defender os interesses de jurisdicionados (por isso mesmo descabe cogitar de ‘concordância dos representados’, a que aludiu, ainda que para mitigá-la, o Enunciado 127 do FPPC). Não há na hipótese representação e nem substituição processual. A expressão refere-se à capacitação do postulante avaliada a partir da qualidade (técnica, cultural...) do terceiro (e de todos aqueles que atuam com ele e por ele) e do conteúdo de sua possível colaboração (petições, pareceres, estudos, levantamentos, etc.).⁷

21. Nesse contexto, a peticionária passa a demonstrar sua capacidade de contribuir com subsídios técnicos-jurídicos importantes para a formação da convicção desta Egrégia Corte Suprema para o julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade.

22. A peticionária é uma associação civil de direito privado, sem fins lucrativos, idealizada e fundada pela Eminente Jurista, Ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, **Dra. Maria Berenice Dias**, que tem os seguintes

⁶ TALAMINI, Eduardo. *Amicus Curiae. op. cit.*, p. 442.

⁷ *Idem.*

objetivos sociais, conforme dispõe o art. 6º do seu Estatuto Social (documento anexo), *in verbis*:

“Art. 6º – A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS – ABRAFH tem por finalidade:

I – Defender os interesses morais e materiais das famílias homoafetivas;

II – Ser um centro de estudos, de reflexão e de pesquisas sobre as diferentes formas de homoafetividade e tornar-se um centro de referência no assunto;

III – Desenvolver atividades sociais, educativas e culturais, constituindo uma rede de solidariedade, de convivência e de ações pedagógicas, sempre voltadas à defesa dos direitos e interesse das famílias homoafetivas e das crianças e adolescentes em lares homoafetivos;

IV – Combater a homofobia, a transfobia, os preconceitos e as discriminações, sem perder de vista seu bem maior tutelado: as famílias homoafetivas;

V – Apoiar as pessoas em sua individualidade ou como membro de uma família, no que concerne à homoafetividade;

VI – Defender os direitos das crianças e adolescentes em lares de famílias homoafetivas, inclusive o de ter sua família juridicamente e socialmente reconhecida;

VII – Apoiar e defender a igualdade de direitos e deveres de todos os pais homossexuais e dos respectivos familiares em relação aos filhos em lares de famílias homoafetivas;

VIII – Assistir seus membros ou qualquer cidadão que assim necessite perante qualquer esfera administrativa ou judicial na

defesa da família homoafetivas e dos respectivos filhos em lares de famílias homoafetivas;

IX – Criar, viabilizar, sistematizar, desenvolver e fomentar ações para o aprimoramento dos membros das famílias homoafetivas no campo profissional, na educação, na cultura, no esporte, na ciência e pesquisa, na inovação tecnológica, na preservação do meio-ambiente, na qualidade de vida e na saúde;

X – Promover o trabalho conjunto de seus associados, dos órgãos públicos, empresas privadas e da sociedade civil organizada; conjugar os esforços e prover os meios, dentro dos melhores princípios da responsabilidade social e da ética, e assim, contribuir para a solução ou minoração dos problemas sociais de famílias homoafetivas;

XI – Capacitar os membros das famílias homoafetivas – crianças, adolescentes, adultos, idosos e pessoas com deficiência – proporcionando sua inclusão no mercado de trabalho ou a melhoria das suas funções profissionais;

XII – Promover e executar projetos de consultorias e assessorias em áreas de conhecimento e atuação da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS – ABRAFH;

XIII – Desenvolver, viabilizar, executar, apoiar e fomentar projetos assistenciais, culturais e sociais que visem à melhoria da qualidade de vida dos membros de famílias homoafetivas;

XIV – Promover estudos e propor soluções para os problemas atinentes ao desenvolvimento e à valorização das ações em cada área de atuação específica de membros de famílias homoafetivas;

XV – Promover a Ética, a Paz, a Cidadania, os Direitos Humanos, a Democracia, o Respeito, a Diversidade, a Solidariedade e outros valores universais;

XVI – Postular, judicial ou extrajudicialmente, na defesa dos direitos e interesses individuais, difusos e coletivos de crianças e adolescentes, nos moldes do art. 210, inc. III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispensada a autorização de Assembleia;

XVII – Representar e defender os interesses difusos, individuais e coletivos, em especial de seus associados, perante as autoridades judiciárias e administrativas em todos os níveis da federação.”

23. Observe-se que a peticionária é uma entidade voltada para a defesa e a proteção dos direitos e interesses das pessoas homossexuais, e tem como um dos seus principais objetivos o combate à homofobia, à transfobia, aos preconceitos e às discriminações relacionadas à orientação sexual.

24. A sua atuação no seio social se dá por meio (i) de estudos, de reflexão e de pesquisas sobre as diferentes formas de homoafetividade e de se combater a homofobia e a transfobia; (ii) do desenvolvimento e do fomento de projetos sociais, culturais e assistenciais que visa à melhoria da qualidade de vida das pessoas homossexuais e a educação sobre a diversidade sexual; (iii) da atuação junto a órgãos públicos e entidades de renome para garantir a observância dos direitos constitucionais e civis da população LGBTI; (iv) da atuação judicial e extrajudicial para a defesa dos interesses da comunidade LGBTI.

25. Para tanto, a peticionária conta com um Conselho Jurídico⁸ composto por renomados professores, advogados e juristas, todos com uma extensa produção científica voltada aos direitos LGBTI, que promovem trabalhos e discussões no campo científico sobre assuntos LGBTI e assessoram a instituição na atuação pública e jurídica.

⁸ Fazem parte do Conselho Jurídico da ABRAFH: Maria Berenice Dias; Marianna Chaves; Ana Carla Harmatiuk Matos; Beatrice Marinho Paulo; Fernanda Leão Barreto; Lívia Dornelas Resende; Marília Serra; Patrícia Gorisch; Priscila Agapito; Raquel Castro; Silvana do Monte Moreira; Vanessa Siqueira; Vanessa Berner; Marisa Gaudio; Ricardo Lodi Ribeiro; Gustavo Tepedino.

26. A Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas - ABRAFH surgiu oficialmente em 2015 para somar esforços com as instituições que lutam pelos direitos e prestam apoio a famílias LGBTI no Brasil. Em pouco tempo de existência, a associação já se tornou referência e reúne mais de 3.000 membros e seguidores nas redes sociais.

27. A ABRAFH promove campanhas nacionais para a realização de eventos e para assegurar a representatividade da comunidade LGBTI em diferentes fóruns e instâncias. A entidade possui membros em quase todos os estados do país e que atuam de forma voluntária, lutando por um mesmo objetivo: promover o amor e combater o ódio e discriminações que vitimam a população LGBTI.

28. A título de exemplo de atividade social e cultural de grande relevo promovida pela ABRAFH, cabe citar o 1º Congresso Internacional da ABRAFH⁹ que será realizado em de 28 de junho a 1º de julho de 2016 no Rio de Janeiro em parceria com a Organização dos Estados Americanos – OEA, com a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Rio de Janeiro e com a Prefeitura do Rio de Janeiro, contando com o apoio do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, do Governo do Canadá, da Escola Nacional de Saúde Pública - ENSP/FIOCRUZ, do Conselho Regional de Psicologia do Rio de Janeiro - CRP/RJ, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ/Psicologia, do Colégio Pedro II e da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP.

29. O evento será realizado na sede da OAB-RJ e contará com palestras que permearão os temas mais significativos e fundamentais relacionados à comunidade LGBTI e às famílias brasileiras em toda sua pluralidade.

30. O congresso propõe reunir a comunidade LGBTI, simpatizantes e estudiosos com vistas a discutir parcerias e ações para a proteção e a promoção dos direitos da pessoa humana, sem distinções ou restrições de qualquer natureza. As mesas temáticas são formadas por especialistas em diversas áreas, incluindo: Direito, Medicina, Psicologia,

⁹ Para maiores informações, visite o site: www.abrafhcongresso.com.br

Assistência Social, Educação, Cultura, Religião e Política, trazendo para o debate realidades e perspectivas da comunidade LGBTI no Brasil e no mundo, na perspectiva dos mais diversos saberes.

31. Além disso, a peticionária está desenvolvendo outro projeto de grande relevância social que consiste na constituição de uma Câmara de Mediação de Conflitos vinculada à associação com o objetivo de auxiliar a comunidade LGBTI a solucionar seus conflitos de forma pacífica e eficaz, por meio da construção do consenso, colaborando para a redução da judicialização das questões relacionadas a esse tema.

32. Diante de todo o exposto, considerando os fins sociais da peticionária, que de forma ampla consistem na proteção e defesa dos direitos e interesses das pessoas homossexuais e no combate à LGBTIfobia, bem como a alta qualidade técnica dos membros do seu Conselho Jurídico, resta cabalmente demonstrada a representatividade adequada da ABRAFH para atuar como *amicus curiae* nesta ação direta de inconstitucionalidade, por possuir enorme capacidade de contribuir com subsídios técnicos-jurídicos importantes e necessários à formação da convicção desta Egrégia Corte Suprema para o julgamento final desta causa, razão pela qual requer-se a sua admissão.

3. DO MÉRITO

33. O questionamento à vedação de doação de sangue por homossexuais faz, na atualidade, parte da agenda jurídica mundial. Como evidenciado na peça vestibular da ADI 5543, existe uma tendência mundial no sentido de rever e suprimir normas dessa natureza, pelos motivos e argumentos que levantaremos nas páginas a seguir.

3.1. A GÊNESE DA PROIBIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS.

34. Doar sangue é uma das poucas coisas que praticamente qualquer pessoa pode fazer para ajudar – diretamente – outro ser humano.¹⁰ Ao redor do mundo é manifesta a necessidade de sangue e no Brasil não é diferente. Vítimas de acidentes (mormente de trânsito, tipo de desastre do qual o Brasil é campeão mundial), pessoas submetidas a cirurgias, pessoas acometidas por câncer, leucemia, anemia falciforme (drepanocitose), hemofilia, talassemia e tantas outras condições médicas necessitam de transfusões de sangue ou fazer tratamentos com alguns dos derivados.

35. Segundo a Cruz Vermelha Americana, nos EUA, a cada 2s (dois segundos) uma pessoa precisa de uma transfusão de sangue. No Brasil, campeão mundial de desastres viários, os números não são diferentes. Aliás, artigo de 2011¹¹ indica que exatamente a cada 2s, analogamente aos EUA, uma pessoa também precisa de transfusão de sangue em território brasileiro, o que faz com que o país necessite de 5,5 mil bolsas de sangue diariamente.

36. Em 15/06/2016, os estoques de vários grupos sanguíneos (O+, O- e B+)¹² se encontravam em nível crítico na Fundação Pró-Sangue, hemocentro de referência na América Latina, que atende mais de 100 centros de saúde em São Paulo e é responsável por 32% do sangue consumido na região metropolitana.

37. Essa é a realidade de muitos bancos de sangue do Brasil. Não é incomum nos depararmos nas redes sociais com pedidos desesperados de familiares de pessoas que precisam de um determinado tipo sanguíneo, mais raro, ou mesmo de qualquer tipo, pois nesses apelos, muitas vezes as pessoas alertam que os hemocentros de sua cidade ou região estão com estoque de sangue baixo ou mesmo inexistente. Como foi indicado no

¹⁰ Cf. BELLI, Michael Christian. “The Constitutionality of the Men Who Have Sex with Men Blood Donor Exclusion Policy”, *In: Journal of Law in Society*, vol. 4, n. 2, pp. 315-376, 2003, p. 315.

¹¹ Cf. <http://www.unimedjp.com.br/noticia/brasil-precisa-de-55-mil-bolsas-de-sangue-por-dia-para-atender-demanda/6716> Acesso em: 15/06/2016.

¹² Cf. <http://www.prosangue.sp.gov.br> Acesso em 15/06/2016.

ponto n. 84 da peça exordial da presente ação, cerca de 19 milhões de litros de sangue deixam de ser doados em virtude das anacrônicas normas do Ministério da Saúde e da ANVISA.

38. O que se deve perguntar é se tal discriminação é razoável ou se tais normas configuram discriminações arbitrárias no cenário atual. Para responder a tal questionamento, é preciso ir à gênese das normas que vedaram doações por homossexuais ao redor do mundo.

39. A associação entre *gays* e HIV, e os medos consequentemente produzidos pela conexão, talvez se justificassem em um passado remoto. Os anos iniciais da epidemia nos Estados Unidos estavam cheios de confusão e incerteza. **É certo que a autonomia privada das pessoas pode ser limitada, “mas não caprichosamente”**,¹³ como adverte o Ministro Luís Roberto Barroso. **Uma restrição à autonomia privada das pessoas – aí incluída a autodeterminação sexual – só poderá se justificar por motivos ponderosos que sobrevivam a uma ponderação e desaguem em uma resposta proporcional ou razoável.** Não parece ser esse o caso.

40. Em 1980 foram relatados os primeiros casos, quando um indivíduo (Gaëten Dugas, um comissário de bordo da *Air Canada*) apelidado de “paciente zero” infectou diversos homens em uma sauna de Nova Iorque com o vírus que viria a ser conhecido como HIV. A patologia foi reconhecida pela primeira vez pelo Centro de Controle de Doenças dos EUA (CDC) quando foram publicados relatos de uma infecção pulmonar rara, pneumonia por *Pneumocystis carinii* (PCP), que afetou vários homens homossexuais jovens e saudáveis em Los Angeles.¹⁴

41. Após alguns dias da publicação, os médicos nos Estados Unidos inundaram o CDC com relatos de infecções semelhantes em *gays* jovens. Os relatórios

¹³ BARROSO, Luís Roberto. “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas no Brasil”, *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, vol. 17, Jan./Jun. pp. 105-138, 2011, p. 125.

¹⁴ Cf. MORRISON, Matthew L. “Bad Blood: An Examination of the Constitutional Deficiencies of the FDA’s Gay Blood Ban”, *In: Minnesota Law Review*, vol. 99, n. 6, pp. 2363-2404, 2015, p. 2366.

subsequentes de doenças na comunidade *gay* não estavam confinada a PCP. Entre as outras doenças relatadas estavam o Sarcoma de Kaposi, um câncer invulgarmente agressiva que até então era uma raridade. Nessa época, os 20 infectados pela doença desconhecida eram todos homens e homossexuais, o que fez com que fosse inicialmente chamada de “doença imune *gay*” (*Gay-related immune disease*)¹⁵ ou câncer *gay*.

42. Todavia, não muito tempo depois surgiram os primeiros casos em heterossexuais, do Haiti. Posteriormente, os heroínómanos (toxicodependentes viciados em heroína), os hemofílicos e os garotos de programa (*hookers*, em inglês) juntaram-se aos haitianos e aos homossexuais para formarem o grupo ou “clube dos 5H”.¹⁶ Muito embora os “grupos de risco” ou associados à doença tivessem várias fontes, aos olhos do grande público, essa moléstia era vista como um problema *gay*, ligado à orientação sexual. Somente em 1982 foi rebatizada como Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA ou *AIDS*).¹⁷

43. Importa referir que até o dia 17 de Maio de 1990, quando a Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da sua lista de doenças mentais da CID (Classificação Internacional de Doenças). Desta maneira, há mais de 25 anos a homossexualidade não é mais considerada doença ou patologia, constituindo apenas uma forma de amar e/ou relacionamento sexual.¹⁸

44. Com a estigmatização que sofreram os *gays*, o resto da população sentia-se “imune” à doença, já que (supostamente) não faziam parte do “grupo de risco”. Essa ideia – propagada principalmente por profissionais da Medicina – ironicamente fez com que a *AIDS* se espalhasse mais rapidamente entre os heterossexuais, tendo em vista que houve e

¹⁵ Cf. MORRISON, Matthew L. “Bad Blood: An Examination of the Constitutional Deficiencies of the FDA's Gay Blood Ban”, cit., p. 2366.

¹⁶ Como indica-se em dissertação de mestrado em antropologia médica na Universidade de Coimbra. Cf. DIAS, Diana Marlene Ribeiro. *O VIH/SIDA e as suas representações: uma análise antropológica dos discursos sobre o VIH/SIDA no jornal Diário*. Coimbra: FCTUC, 2014, p. 5.

¹⁷ Cf. MORRISON, Matthew L. “Bad Blood: An Examination of the Constitutional Deficiencies of the FDA's Gay Blood Ban”, cit., p. 2366.

¹⁸ Cf. GORISCH, Patrícia. *O Reconhecimento dos Direitos Humanos LGBT: De Stonewall à ONU*. Curitiba: Appris, 2014, p. 94.

pode-se dizer que ainda há) uma demora na conscientização da necessidade de prática do sexo seguro entre heterossexuais.¹⁹

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

46. De qualquer maneira, o medo – como não poderia deixar de ser – é um sentimento que continua orbitando ao redor de tudo que diga respeito ao HIV e à *AIDS*, afinal de contas, ainda que seja uma doença controlável (com a carga viral, ou seja, a quantidade de HIV circulante no sangue chegando a valores baixos) na atualidade, é incurável e pode comprometer seriamente a expectativa e qualidade de vida das pessoas infectadas, que estarão sempre dependentes de antirretrovirais. Esses medicamentos, não obstante possam fazer com que o paciente soropositivo não apresente os sintomas da *AIDS*, podem lhe causar inúmeros efeitos colaterais, além de contribuírem para uma maior incidência de hipertensão, diabetes, enfarto em comparação à população soronegativa.

47. Muitos Estados dos EUA – cerca de metade – criminalizam a transmissão específica do vírus HIV. No Brasil, a exposição de outrem ao contágio da *AIDS* ou qualquer outra doença sexualmente transmissível é criminalizada nos termos do art. 130 do Código Penal. Nos EUA, a não revelação do *status* de soropositivo ao parceiro sexual – ainda que a pessoa tenha usado preservativo e que não tenha existido qualquer contágio da outra pessoa – pode acarretar em penas severas como 25 anos de reclusão, a depender do Estado em questão.²⁰

¹⁹ Neste sentido, cf. DIAS, Diana Marlene Ribeiro. *O VIH/SIDA e as suas representações*, cit., p. 8.

²⁰ Cf. LEE, Dustin J. “Injections, Infections, Condoms, and Care: Thoughts on Negligence and HIV Exposure”, *In: Cornell Journal of Law and Public Policy* vol. 25, n. 1, pp. 245-268, 2015, p. 252.

48. Estatísticas do mundo inteiro evidenciam um aumento brutal do número de mulheres infectadas pelo HIV, que passou entre 2001 e 2007 de 13,8 milhões para 15,4 milhões. Hoje, estima-se que cerca de metade do total de pessoas portadoras do HIV no mundo são mulheres. Em 2006, na África Subsaariana indicou-se a existência de 24,7 milhões de infectados, dos quais 59% eram mulheres entre os 15 e os 49 anos de idade (13,3 milhões). Em 2007, o número de mulheres adultas portadoras do HIV foi incrementado em 61%. Praticamente a totalidade das mulheres infectadas em decorrência de relações sexuais são heterossexuais.²¹

49. Por isso, atualmente, as investigações indicam que a epidemia de *AIDS* conecta-se muito mais a vulnerabilidade (em sua vertente pessoal, social ou institucional) do que com qualquer questão relativa à orientação sexual ou exercício da sexualidade das pessoas. Se o comportamento individual (prática ou comportamento de risco) é determinante para a infecção pela doença, essa ação (ou omissão) que torna a pessoa mais suscetível à doença, pode ter sido influenciada diversos fatores sociais, políticos, econômicos, etc.²²

50. De acordo com o último relatório da UNAIDS, programa da ONU voltado ao combate da doença (*United Nations Programme on HIV/AIDS*) se houvesse que se indicar um “grupo de risco” na atualidade, ele seria composto pelas mulheres. De acordo com o documento, adolescentes e mulheres jovens com idades entre 15-24 anos estão em risco particularmente elevado de infecção pelo HIV, sendo responsável por 20% das novas infecções pelo HIV entre adultos em todo o mundo em 2015. Em áreas geográficas com maior prevalência do HIV, o desequilíbrio entre os sexos é mais pronunciado.

51. Na África subsaariana, meninas adolescentes e mulheres jovens representaram 25% das novas infecções pelo HIV entre os adultos, e as mulheres foram responsáveis por 56% das novas infecções pelo HIV entre os adultos. Normas nocivas e

²¹ Como indica-se em dissertação de mestrado em Medicina sobre a *AIDS* defendida na Universidade de Coimbra. Neste sentido, consultar SANTOS, Maria Teresa Cardoso dos. *A eficácia da terapêutica antirretrovírica na consulta de imunodeficiência*. Coimbra: FMUC, 2011, p. 34.

²² Cf. DIAS, Diana Marlene Ribeiro. *O VIH/SIDA e as suas representações*, cit., p. 10.

desigualdades de gênero, acesso insuficiente à educação e serviços de saúde sexual e reprodutiva, a pobreza, a insegurança alimentar e a violência estão na raiz do aumento do risco de HIV entre mulheres adolescentes e jovens.²³

52. Ainda de acordo com o relatório da UNAIDS, *gays* e homens que fazem sexo com outros homens foram responsáveis por 30% das novas infecções de HIV na América Latina. Na Ásia e no Pacífico, o número é ainda menor, caindo para 18%, o que evidencia claramente que a transmissão e disseminação da AIDS não é responsabilidade exclusiva dos homossexuais ou bissexuais masculinos. Aliás, estudo²⁴ de 2002 indica que naquela época, as relações heterossexuais eram responsáveis por incríveis 80% da AIDS entre adultos na África subsaariana. Outro estudo²⁵ indica que antes de 1994, homens que faziam sexo com homens representavam 78% dos casos diagnosticados de *AIDS*, tendo esse número caído para 34,6 % em 2003.

53. Não se coloca em causa a necessidade de políticas e critérios rígidos para a doação de sangue, mas a discriminação de que são vítimas os *gays* e bissexuais masculinos. A diferenciação se mostra arbitrária e carente razão, diante do brutal aumento de casos entre mulheres heterossexuais. Os números não mentem. Dessa maneira, **é preciso retirar o estigma que paira sobre os homossexuais e bissexuais masculinos e colocar a tônica das diretrizes no comportamento ou prática de risco, que independe de gênero ou orientação sexual. A condição para doar sangue deve ser a prática de sexo seguro.**

54. O que se propõe na presente ação, vem sendo amplamente discutido em outros países. Por exemplo, no caso *Geoffrey Léger v. Ministre des affaires sociales et de la santé and établissement français du sang* levado ao Tribunal de Justiça da

²³ UNAIDS 2016. *Global Aids Updates*. Disponível em: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/global-AIDS-update-2016_en.pdf Acesso em 10/06/2016.

²⁴ HOCHBERG, Francine A. "HIV/AIDS and Blood Donation Policies: A Comparative Study of Public Health Policies and Individual Rights Norms". In: *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 12, n.1, pp. 231-280, 2002, p. 234.

²⁵ Cf. LOMAGA, Adrian. "Are Men Who Have Sex with Men Safe Blood Donors?" In: *Appeal - Review of Current Law and Law Reform*, vol. 12, n. 1, 73-89, 2007, p. 80.

União Europeia, o advogado-geral Paolo Mengozzi opinou que o simples fato de um homem ter mantido ou manter relações sexuais com outro homem não constitui “comportamento sexual” que justifique a sua exclusão permanente do rol de doadores de sangue. A legislação francesa, a exemplo da brasileira, tende antes a considerar esse fato como uma presunção absoluta de exposição a alto risco, independentemente das circunstâncias e das práticas sexuais da pessoa. Com base na referida presunção, essencialmente todo homossexual ou bissexual masculino é excluído pela lei da dádiva de sangue, única e exclusivamente pela orientação sexual.²⁶

55. A história da restrição de doações de sangue por homens que praticam sexo com homens é, essencialmente, a história dos primórdios da própria *AIDS*. A Medicina avançou, em termos de tratamento, de conhecimento geral sobre a doença, mas as normas brasileiras sobre doação de sangue continuaram ancoradas no século passado e precisam mudar.

56. **A legislação terminou por reproduzir vieses, ódios, preconceitos e estereótipos graves, que terminam por configurar uma punição a um grupo, sem que essa punição sirva “a nenhum outro interesse, mais respeitável ou legítimo, de outros grupos”.**²⁷
A vedação à doação de sangue por homossexuais e bissexuais masculinos, não tutela qualquer outro direito. Ao contrário, presta um grande desserviço à sociedade, desacata a dignidade de uma parcela da população e, para piorar, é inócua, se considerarmos que o seu objetivo é a proteção da saúde pública.

57. A mudança deve vir não apenas para se apartar o estigma e o preconceito dos quais os homossexuais e bissexuais já são vítimas diariamente, mas para assegurar o direito à vida daquelas pessoas que deixam de receber sangue ou hemoderivados pelo simples capricho homofóbico de diretrizes constitucionalmente insustentáveis.

²⁶ Cf. COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. *Press release 111/14*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-07/cp140111en.pdf> Acesso em: 10/06/2016.

²⁷ DWORCKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, cit., p. 656.

58. Quando se trata de políticas públicas²⁸ – como as legislações ora atacadas, o referencial adotado se desdobra em sete fases diferenciadas e tem a finalidade de verificar se a política/programa é eticamente aceitável e adequada à perspectiva dos direitos humanos:

- 1) clarificar o propósito da política pública;**
- 2) avaliar a efetividade da política;**
- 3) determinar se a política de saúde pública tem populações-alvo bem determinadas;**
- 4) examinar o impacto da política sobre os direitos humanos;**
- 5) determinar se a política é a opção menos restritiva para alcançar o objetivo proposto;**
- 6) verificar se a medida coercitiva de saúde pública é a mais efetiva e a alternativa menos restritiva, com base no padrão de risco significativo;**
- 7) verificar se a medida restritiva é realmente necessária para prevenir um risco significativo e se garante procedimentos razoáveis às pessoas afetadas.**

59. De acordo com a legislação vigente, a doação de sangue deve ser ato voluntário, anônimo, não remunerado e altruísta. Escrito em 2010, o artigo considerava ser razoável a medida de exclusão, pois considerava-se ainda os HSH (homens que fazem sexo com homens) como grupo de risco. Hoje o propósito da política pública, com base nos dados que na sequência abordaremos, é exclusivamente com o objetivo de segregar e discriminar as pessoas homossexuais.

60. Ademais, a política pública não é eficaz, já que o doador pode eventualmente omitir o fato de já ter feito sexo com outro homem e até mentir. O público alvo da política pública é o de excluir os HSH de serem doadores de sangue, impedindo-os de praticar ato de humanidade e solidariedade. O impacto da política pública na perspectiva dos

²⁸ TANAKA, Mirtha S. Y. e OLIVEIRA, Aline A. Homens que fazem sexo com homens e a análise ética da triagem dos doadores de sangue no Brasil. Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/587/593 acesso em 11/06/2016.

direitos humanos é relevante e negativa, já que exclui, segrega e oficializa a discriminação, atingindo diretamente os direitos humanos LGBTI, assim reconhecidos como tais pela ONU em 2011, através da Resolução do Conselho de Direitos Humanos.²⁹

61. A política pública implementada através da legislação ora debatida não é a opção menos restritiva para se alcançar o objetivo proposto, conforme provaremos abaixo, muito pelo contrário, tal medida resta-se radical e odiosa.

62. Como veremos a seguir, não há risco efetivo e sim preconceito ao restringir as doações de sangue, exclusivamente aos homossexuais masculinos, como se os heterossexuais estivessem livres de doenças sexualmente transmissíveis.

63. Por fim, a medida ora atacada não resta necessária, já que não há na atualidade embasamento técnico-científico para justificar tal exclusão.

3.2 A AFRONTA CONSTITUCIONAL NA ATUALIDADE

a) Dignidade da pessoa humana

64. Na estruturação da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consubstancia uma medida basilar da constituição da subjetividade, sustentáculo imprescindível para a capacidade do livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, pode-se afirmar que as questões concernentes à orientação sexual relacionam-se de forma estreita com o amparo da dignidade da pessoa humana.³⁰ Como elucida o próprio Ministro Luiz Edson Fachin, “**o direito**

²⁹ <https://nacoesunidas.org/conselho-de-direitos-humanos-da-onu-adota-resolucao-pedindo-fim-da-homofobia/> acesso em 11/06/2016

³⁰ CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, União, Casamento e Parentalidade*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 80.

personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado.³¹

65. Há, portanto, um entrelaçamento e justaposição do princípio da dignidade humana e o direito ao “livre desenvolvimento das potencialidades humanas”, o que inclui o direito à autodeterminação sexual e o respeito dos efeitos incidentes nas relações afetivas³². Portanto, o desmerecimento jurídico das uniões homoafetivas desrespeita dignidade humana em duas de suas perspectivas: o respeito à autonomia das pessoas e o respeito ao valor intrínseco de cada ser humano³³.

66. **Sequer considerar a possibilidade de prejuízo, desprezo ou desacato a uma pessoa, em virtude da sua orientação sexual, significa conferir tratamento indigno à pessoa humana.** Não se deve, sob hipótese alguma, simplesmente ignorar a condição pessoal do indivíduo, genuinamente essencial para a sua identidade pessoal (onde se deve incluir a orientação sexual), como se tal seara não possuísse conexão com a dignidade humana.³⁴ Como indicou a Ministra Carmem Lúcia, em seu voto no julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277:

“Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem. O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática.”³⁵

³¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121.

³² Como indica 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 (Coords.). Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 248.

³³ Cf. BARROSO, Luís Roberto. O direito de amar e de ser feliz, cit., p. 26.

³⁴ CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito*, cit., p. 81.

³⁵ Cf. Voto da Ministra Carmen Lúcia na ADPF 132/ ADI 4277.

67. Note-se que na questão sob análise, não apenas os homens homo e bissexuais têm a sua dignidade atingida e vilipendiada. Também afronta-se a dignidade dos filhos (naturais, adotivos ou socioafetivos), pais ou outros familiares dessas pessoas, que enfrentam o estigma de possuírem um parente com um sangue “indigno”, “inválido” ou “imprestável” pelo simples fato de se relacionarem com pessoas do mesmo sexo.

68. Como explicar a uma criança ou adolescente que chegue em casa e peça ao pai (muitas vezes casado, vivendo em união estável ou relação monogâmica) que goza de boa saúde para participar de uma campanha da sua escola ou da sua comunidade para doação de sangue e ouvir que o pai não pode doar pelo mero fato de ser *gay*?

69. A indignidade de tais restrições transpassa a pessoa do homo ou bissexual, atingindo a sua família e também aqueles que deixam de receber sangue por medidas anacrônicas e cientificamente injustificáveis. Desprestigiar dessa maneira as relações entre iguais termina por perpetuar “a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos no ocidente. Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade humana”.³⁶

70. Considerando que a sexualidade é um componente indispensável e próprio da essência humana, é um direito de todas as pessoas, que pode se traduzir nas mais variadas formas de expressão de desejo, em virtude da pluralidade da sexualidade humana. **Assim, impedir que alguém exercite a sua sexualidade é obrigar a pessoa a viver pela metade, em incompletude, infelicidade e indignidade.**³⁷ O direito à busca (e alcance) da felicidade só será atingido ou preenchido se assegurados os direitos humanos fundamentais, entre eles o do livre exercício da sexualidade. O impedimento à expressão e vivência da

³⁶ Como indicou o Ministro Barroso em escrito à época do reconhecimento da união homoafetiva pelo STF, em 2011. BARROSO, Luís Roberto. “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas no Brasil”, cit., p. 124.

³⁷ Cf. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito*, cit., p. 120.

homossexualidade (ou qualquer outra orientação sexual) é uma genuína afronta ao direito à vida, já que se impõe uma morte da sexualidade daquela pessoa³⁸.

71. Em “*A virtude soberana*”, Ronald Dworkin já afirmava que abster-se da homossexualidade significaria abstinência sexual absoluta para muitas pessoas, ou viver uma mentira. Diante de tal fato, o jusfilósofo norte-americano questionou: “A sociedade deve permitir a discriminação contra pessoas que se recusem a fazer uma escolha a esse preço?”³⁹ A resposta parece ser um solene não.

72. Além de todos os benefícios de saúde que a doação de sangue pode trazer para a saúde e vida dos próprios doadores (como redução de risco de ataques cardíacos, acidentes vasculares cerebrais, diabetes tipo II e diversos vários tipos de câncer),⁴⁰ termina-se por vilipendiar o direito à saúde e à vida daqueles que precisam do sangue e derivados e deixam de receber em virtude de normas injustificadamente discriminatórias. **Relativamente aos homens homossexuais e bissexuais (em comparação com todo o resto da população que não seja desse gênero e dessas orientações sexuais), há uma clara hierarquização e “pesagem de dignidades”,⁴¹ constitucionalmente incompatível com o ordenamento brasileiro.**

b) Liberdade, igualdade e não discriminação por orientação sexual.

73. **A restrição imposta pelo Estado, quando não apresenta igualdade de direitos e oportunidades às pessoas (nesse caso especificamente aos gays e bissexuais)**

³⁸ Cf. GORISCH, Patrícia. *O reconhecimento dos direitos humanos LGBT*, cit., p. 64.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade/* Jussara Simões (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 646.

⁴⁰ Cf. NELSON, Ryan H. “An Indirect Challenge to the FDA's Gay Blood Ban”, *In: Tulane Journal of Law and Sexuality: A Review of Sexual Orientation and Gender Identity in the Law*, vol. 23, pp. 1-16, 2014, p. 5.

⁴¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4. ed., rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 199.

masculinos) que têm orientação sexual diversa da heterossexualidade acaba atingindo diretamente os Direitos Humanos básicos da liberdade, direito à vida e à saúde (dos que deixam de receber sangue, mas também daqueles que deixam de doar), não discriminação, intimidade e privacidade, além da igualdade. Esses direitos são todos salvaguardados pela Constituição Federal de 1988. Os Estados que não tutelam a livre orientação sexual oportunizam afronta aos Direitos Humanos.⁴²

74. A igualdade, seja na aplicação do direito, seja na criação do direito, é um “dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais”, como adverte J.J. Gomes Canotilho. A igualdade jurídica, nas palavras do eminente Professor da Escola de Coimbra, surge “indissociável da própria liberdade individual” e significa não somente a aplicação igual da lei, mas consubstancia-se na ideia de que “a lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos”.⁴³

75. Todo e qualquer Estado Democrático de Direito deve assegurar às pessoas o seu direito de escolha entre todas as alternativas possíveis, assim como deve oportunizar condições objetivas para que essas escolhas possam se materializar. Os indivíduos devem ter o direito de livre desenvolvimento da personalidade e as instituições públicas e jurídicas devem fomentar esse desenvolvimento e não obstá-lo. Como adverte o Ministro Luís Roberto Barroso,⁴⁴ algumas manifestações da liberdade possuem conexão estreita com a formação e desenvolvimento da personalidade, como a liberdade afetivo-sexual.

76. Como afirma o *Justice* Anthony Kennedy, da Suprema Corte dos EUA, a liberdade protege a pessoa contra intrusões governamentais injustificadas em sua moradia ou outros locais privados. O Estado não é (ou não deveria ser) onipresente no lar das pessoas, e há outras esferas da nossa vida e existência, fora de casa, onde o Estado não deve ser uma presença dominante, já que a liberdade se estende além dos limites espaciais. A liberdade pressupõe uma autonomia de si próprio que inclui a liberdade de pensamento, opinião,

⁴² Cf. GORISCH, Patrícia. *O Reconhecimento dos Direitos Humanos LGBT*, cit., p. 64.

⁴³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 426.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas no Brasil”, cit., p. 124.

expressão e determinada conduta íntima. A liberdade, na hipótese das relações sexuais, envolve a liberdade da pessoa, tanto em sua dimensão espacial como nas mais transcendentais.⁴⁵

77. Além do livre exercício da sexualidade, podemos indicar como fonte de elemento estruturante do indivíduo a liberdade no exercício da cidadania e de deveres morais ou cívicos, como se pode considerar a doação de sangue. Impedir aqueles que desejam – em um ato altruísta e solidário – doar vida, “é crime, é um crime de morte, praticado por quem tem a obrigação de garantir a vida!”⁴⁶

78. É preciso afastar, como já advertiu o Min. Celso de Mello em seu voto na ADI 4277, “injustas divisões, fundadas em preconceitos inaceitáveis e que não mais resistem ao espírito do tempo”. **A discriminação perpetrada contra os homossexuais em sede de doação de sangue não resistem ao espírito e ao compasso do tempo, e nem aos avanços da Medicina**, como já restou evidenciado.

79. Do princípio da liberdade desdobra-se a autonomia privada de cada um. É preciso reconhecer a cada pessoa a possibilidade de vivenciar em toda a plenitude a sua orientação sexual, sem que isso lhe acarrete discriminações arbitrárias e/ou prejuízos de qualquer ordem, inclusive moral. Ainda que não exista uma disposição expressa da existência “do direito à livre orientação sexual e à consequente não discriminação por motivos desta ordem”, “é por meio das lentes constitucionais da dignidade humana, e da cláusula de abertura material contida no art. 5º, §2º, da CF”⁴⁷ que se pode defender a existência desse direito.

⁴⁵ Cf. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito*, cit., p. 83.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*, cit., p. 338.

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. “A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual”, *In: Maria Berenice Dias (Coord). Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 47.

80. Não obstante inexistir na Constituição Brasileira um dispositivo específico que vedado a discriminação por orientação sexual, a Carta Magna possui dispositivo com cláusula geral de vedação de discriminação por qualquer motivo ou forma.

81. Os fatores de desigualdade enunciados no art. 3º, IV da CF constituem um rol exemplificativo e jamais taxativo. Ali encontram-se apenas as hipóteses mais flagrantemente recusadas pelo legislador constituinte, mas não são as únicas possíveis. Nesse sentido, a doutrina portuguesa é cristalina ao afirmar que antes da vedação explícita de discriminação por orientação sexual (oriunda de revisão constitucional de 2004 da CRP), a Constituição já vedava esse tipo de discriminação e a proibição expressa só veio “explicitar uma solução que já resultava antes da Constituição”.⁴⁸ É o que ocorre no Brasil na atualidade.

82. As normas impostas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e Ministério da Saúde importam em uma arbitrária discriminação por orientação sexual materializando uma diferenciação odiosa entre cidadãos heterossexuais e homossexuais. Os dispositivos também desigualam juridicamente homens e mulheres. Nesse sentido, é sempre relevante lembrar das lições de Ronald Dworkin no sentido de que **“a igualdade é um princípio não só de justiça, mas também de direito constitucional”**.⁴⁹ Como afirmam Canotilho e Vital Moreira, **a igualdade “constitui sempre uma determinante heterônoma da legislação, da administração e da jurisdição”**.⁵⁰

83. Tal fato revela uma presunção absoluta e inafastável de promiscuidade e suscetibilidade a doenças sexualmente transmissíveis pelos *gays* e bissexuais masculinos o que, pelos números estatísticos disponíveis mundo afora, não corresponde à verdade. Ademais, ainda que se sustente que o risco vinculado ao sexo entre homens relacione-se com o coito anal, é imperioso lembrar que heterossexuais também praticam esse

⁴⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, T. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 231.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, cit., p. 663.

⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4. ed., rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 345.

tipo de ato sexual e, não raras vezes, não utilizam preservativos, especialmente pelo fato de não haver risco de gravidez.

84. Estudos⁵¹ indicam que, entre as jovens heterossexuais, a maior preocupação é em prevenir a gravidez. Mulheres jovens na maior parte das sociedades estão mais preocupadas em não ficarem grávidas, do que em evitar o contágio por doenças sexualmente transmissíveis, o que faz com que abram mão do uso de preservativos na prática do sexo anal.

85. No caso dos rapazes homossexuais, nem mesmo a gravidez constitui uma preocupação. Investigações na Inglaterra – que possui uma alta taxa de doenças sexualmente transmitidas entre jovens e o maior número de gravidezes na adolescência na Europa Ocidental – indica que existe uma cultura de resistência ao preservativo por parte dos jovens heterossexuais masculinos, seja para a prática do coito vaginal ou do coito anal.⁵²

86. As investigações científicas são claras no sentido de existir um risco acrescido de contágio por doenças sexualmente transmissíveis pelo coito anal (mormente para o sujeito passivo, seja homem ou mulher), todavia esses mesmos estudos⁵³ são indicativos que os heterossexuais tendem a utilizar menos o preservativo durante a prática do sexo anal do que na cópula, o que faz com que as mulheres (heterossexuais que praticam sexo anal) conformem o grupo de maior vulnerabilidade ao vírus HIV. Se o coito anal – por inúmeras razões biológicas – pode ser considerado a chave para o risco de contágio por HIV, também é possível dizer que esse perigo não se vincula à orientação sexual da pessoa, mas sim à não utilização de preservativos.

⁵¹ Cf. WILLIAMSON, Lisa M.; BUSTON, Katie; SWEETING, Helen . “Young women and limits to the normalisation of condom use: a qualitative study”, *In: AIDS Care*, vol. 21, n. 5, pp. 561-566, 2009, p. 563.

⁵² Cf. MEASOR, Lynda. “Condom use: a culture of resistance”, *In: Sex Education*, vol. 6, n. 4, pp. 393-402, 2006, p. 393.

⁵³ BRODY, Stuart; WEISS, Petr. “Heterosexual Anal Intercourse: Increasing Prevalence, and Association with Sexual Dysfunction, Bisexual Behavior, and Venereal Disease History”, *In: Journal of Sex & Marital Therapy*, vol. 37, n. 4, pp. 298-306, 2011, p. 299.

87. Um estudo⁵⁴ que analisou dois grupos (jovens toxicodependentes e estudantes universitários) classicamente considerados pelas normas de doação de sangue como de alto risco e baixo risco, respectivamente, indicou o mesmo comportamento no que diz respeito à utilização de preservativos. Não obstante os usuários de drogas apresentem um risco acrescido de contágio por doenças sexualmente transmissíveis (pela frequência e multiplicidade de parceiros sexuais), a inconsistência no uso do preservativo entre os dois grupos foi equivalente.

88. Um estudo⁵⁵ recente levado a cabo em Israel comparando homens que fazem sexo com homens judeus e árabes, evidenciou que o segundo grupo engaja-se em um comportamento ainda mais arriscado do que o primeiro. Dos 342 homens do grupo árabe, cerca de 47% não assumiam a orientação sexual, cerca de 14% eram casados e 45,2% não utilizavam preservativos quando faziam sexo com outros homens, fazendo com que o HIV possa se espalhar não apenas entre os heterossexuais. O fato de as normas culturais e religiosas pressionarem os homens árabes (ainda que sejam *gays*) a manterem relações com mulheres, associado ao baixo uso de preservativos, pode representar uma fonte de disseminação da *AIDS*.

89. A indicação desses estudos, de lugares e focos tão variados, não objetiva criticar determinado gênero, idade, orientação sexual, credo ou etnia. O único e exclusivo propósito é evidenciar que ninguém está imune ao vírus HIV e é preciso criar uma percepção social de que a prevenção, assim como exames periódicos, cabem a todos. É preciso esquecer o senso comum de que só homossexuais, usuários de drogas ou profissionais do sexo devem se submeter a exames. Mais ainda, é preciso uma consciência social de que o sexo seguro deve ser uma prática generalizada.

⁵⁴ TUBMAN, Jonathan G.; LANGER, Lilly M.; SHAMS, Sepideh . “Condom Use, Condom Refusal, and Substituted Sexual Behaviors Among Youth at Higher and Lower Risk for HIV Infection”, *In: Journal of Social Work Practice in the Addictions*, vol. 3, n. 4, pp. 73-91, 2003, pp. 83-84.

⁵⁵ MOR, Z., GRAYEB, E. and BEANY, A. “Arab men who have sex with men in Israel: knowledge, attitudes and sexual practices”, *In: HIV Medicine*, vol. 17, pp. 298–304, 2016, p. 302.

90. **Assim, diante de todo o exposto, importa referir que comportamentos ou práticas de risco são responsáveis pelo contágio e disseminação de DSTs, e não a orientação sexual ou o gênero das pessoas.** Tais disposições terminam também por repristinar a nefasta concepção da homossexualidade como doença. Como já advertia Ronald Dworkin há muito tempo, “os homossexuais decerto são alvos de preconceito e ódio irracional”⁵⁶ e isso precisa mudar! É preciso perseguir a “igualdade justa”, que só se alcançará em atendimento à “proibição geral do arbítrio”, como adverte J.J. Canotilho.⁵⁷

91. O impedimento inafastável de doação de sangue por bissexuais e homossexuais masculinos não faz qualquer sentido racional, tendo em vista que mulheres e homens heterossexuais podem praticar os exatos mesmos atos sexuais que os homens que fazem sexo com homens. Ademais, importa referir que o óbice vincula-se às respostas dos potenciais doadores, que podem sempre mentir sobre o seu passado ou comportamento sexual.⁵⁸

92. De qualquer maneira, independentemente do que o candidato à doação responda, o sangue doado será submetido a testes extremamente rigorosos até ser considerado apto à utilização por outra pessoa. Já em 1987, a ciência médica havia desenvolvido testes que eram capazes de assegurar em 99% a certeza das análises para presença do vírus HIV. Em 1999 os testes NAT (*Nucleic Acid Testing*) reduziram ainda mais o risco de transmissão do vírus HIV (para apenas uma unidade a cada 4.7 milhões de doações), o que fez com que o período de “janela imunológica” caísse de 6-8 semanas para 9-11 dias.⁵⁹

93. **Importa referir que o teste NAT, considerado uma das mais importantes ferramentas no controle de sangue dos últimos tempos, é de utilização**

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, cit., p. 655.

⁵⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 428.

⁵⁸ Cf. Diaz, Vianca. “A Time for Change: Why the MSM Lifetime Deferral Policy Should Be Amended”, *In: University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, vol. 13, n. 1, pp.134-155, 2013, p. 152.

⁵⁹ Cf. LOMAGA, Adrian. “Are Men Who Have Sex with Men Safe Blood Donors?” cit., p. 79.

OBRIGATÓRIA em todos os bancos de sangue do Brasil, inclusive no sistema público, o que evidencia a segurança no tratamento do sangue no nosso país.⁶⁰

94. A presunção de um potencial maior risco de infecção por HIV/AIDS, diante de tudo que foi apresentado até aqui, não decorre de fatos ou teorias científicas válidas; a fundamentação reside em preconceitos e estigma. Essas normas produzem o exato oposto do que deveriam: por um lado reforçam estereótipos negativos, como a ideia de que homens (homo ou bissexuais) são potenciais portadores de doenças sexualmente transmissíveis e rejeita doadores saudáveis, pelo simples fato da orientação sexual.

95. Além disso, chancela a já mencionada falsa segurança, ignorando que heterossexuais também podem se engajar em comportamentos de risco, como sexo com múltiplos parceiros desconhecidos e relações sexuais sem o uso de preservativo.⁶¹ Importa referir que inúmeros estudos⁶² indicam que muitas pessoas vivendo com o vírus HIV sequer sabem que são portadores do vírus exatamente pela falsa sensação de segurança e a ideia de imunidade que lhes é passada. As taxas de casos não diagnosticados chegam a: 20% na Dinamarca, Suécia e Eslováquia; 30% no Reino Unido, na França e na Alemanha; e 50% na Polônia e Letônia.

96. Homens e mulheres heterossexuais, pessoas idosas, imigrantes e pessoas vivendo em uma área de baixa incidência de HIV são os mais suscetíveis a não serem diagnosticados, e isso justifica o aumento da incidência de AIDS nesses grupos. Diagnósticos tardios não só prejudicam na sobrevivência e qualidade de vida do paciente, como também é um fator chave no insucesso na luta contra a disseminação da doença.

⁶⁰ Cf. <http://www.brasil.gov.br/saude/2014/11/numero-de-doadores-de-sangue-regulares-aumenta-no-brasil> Acesso em: 12/06/2016.

⁶¹ Em sentido parecido, ver BENSING, Dwayne J. "Science or Stigma: Potential Challenges to the FDA's Ban on Gay Blood", *In: University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n. 2, pp. 485-510, 2011, pp. 487-488.

⁶² MUSSINI, C. *et al.* "European AIDS Clinical Society Standard of Care meeting on HIV and related coinfections: The Rome Statements", *In: HIV Medicine*. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/hiv.12347/full> Acesso em: 15/06/2016.

97. As normas emanadas pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA não sobrevivem a um escrutínio constitucional e além dos princípios supracitados, afrontam o mandamento constitucional da proporcionalidade ou razoabilidade. Como adverte Maria Berenice Dias,⁶³ esse preceito constitucional possui como objetivo orientar a conduta do julgador, administrador ou legislador, determinando-lhes que, em nome do Estado, atuem sempre de maneira impessoal, racional, moderada e justa, apartando-se de toda sorte de arbitrariedade.

98. **Como indicam as lições de Canotilho,⁶⁴ o princípio da proibição do arbítrio está vinculado a um critério material objetivo. A justificação, *grosso modo*, reside na indicação de existência de violação da igualdade na hipótese de: a disciplina jurídica não se basear em um fundamento sério; ausência de um sentido legítimo; estabelecimento de diferenciação jurídica sem um fundamento razoável. Como advertem Jorge Miranda e Rui Medeiros, a proibição do arbítrio revela os casos limite de “violação do princípio da igualdade que merecem a censura do tribunal”.**⁶⁵

99. Assim, os atos dos que exercem o poder, devem ser razoáveis, orientados pela racionalidade, bom senso e, claro, justiça. As normas questionadas na presente ação não se prestam a nada, a não ser à discriminação irracional e ilógica, prejudicando os *gays* e bissexuais masculinos em diversos direitos e não protegendo qualquer coisa que justifique a diferenciação. Logo, **a arbitrariedade normativa não se mostra ao serviço de qualquer propósito legítimo do Estado, devendo ser reparada.**

⁶³ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

⁶⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 428.

⁶⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., p. 229.

100. Dessa maneira, seria mais coerente e justo com todas as pessoas (sem discriminações ou preconceitos) que o ordenamento brasileiro – para qualquer pessoa, independentemente do seu gênero, orientação sexual ou estado civil – um impedimento temporário para a doação de sangue por aqueles que tivessem mantido relações sexuais desprotegidas ou com múltiplos parceiros (como indica atualmente as normas da portaria n. 158 do MS).

101. Tal impedimento temporário deveria se manter pelo período da janela de imunidade ou “*window period*”. Por um princípio de precaução, não obstante essa janela tenha caído para dias (estudos variam na indicação de 9 a 15 dias) na atualidade, poderia se estipular um prazo de 30 ou 60 dias, mais do que suficientes para cobrir a mais longa janela necessária para detectar a presença vírus HIV. Um período maior que esse, como já sustentado pela Associação de Bancos de Sangue dos EUA⁶⁶ há mais de uma década, é injustificado.

4. DOS PEDIDOS

102. Diante do acima exposto, a peticionária requer a Vossa Excelência:

- a) A sua admissão na presente ação, na qualidade de *amicus curiae*, ante o preenchimento das condições objetivas e subjetivas previstos nos artigos 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99 c/c 138 do CPC/2015;

⁶⁶ Em 2006, a Associação sustentou que a vedação à doação de sangue só deveria subsistir pelo período de maior janela de imunidade que existisse. GOLDBERG, Naomi G.; GATES, Gary J. “Effects of Lifting the Blood Donation Ban on Men Who Have Sex with Men”, *In: Pittsburgh Journal of Environmental and Public Health Law*, vol. 5, n. 1, pp. 49-60, 2011.

- b) Que lhe seja assegurada a apresentação de pareceres e documentos hábeis a auxiliar esta Egrégia Corte Suprema no julgamento desta demanda;
- c) Que lhe seja facultada a sustentação oral dos argumentos supra aduzidos em plenário, por ocasião do julgamento da ação;
- d) Que lhe seja assegurada a manifestação oral em eventuais audiências públicas que sejam realizadas;
- e) Que, na hipótese de indeferimento dos pedidos anteriores, a petição seja recebida como memoriais;
- f) Que seja declarada a inconstitucionalidade das normas que vedam a doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens, nomeadamente o art. 64, IV da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução RDC n. 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por flagrante violação à CF/88.

Rio de Janeiro, 17 de Junho de 2016.

Marianna de Almeida Chaves Pereira Lima
OAB/PB 13.386

Patrícia Gorisch
OAB/SP 174.590

Lívia Dornelas Resende
OAB/RJ 147.708