

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO EDSON FACHIN, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Sobre o tema da presente ação, destaca-se decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia (caso T-248/12<sup>1</sup>), que declarou a inconstitucionalidade da discriminação idêntica àquela atacada pela presente ação (em seu itens 5 e 5.1, infra), cujas *ratione decidendi* estão em perfeita consonância com as deste *amicus curiae*.

**Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5543**

**GADvS – GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) inscrita no CNPJ sob o n.º 17.309.463/0001-32, que tem como finalidades institucionais a promoção dos direitos da população LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos) e o enfrentamento da homofobia e da transfobia (cf. estatuto social anexo), com sede na Rua da Abolição, n.º 167, São Paulo/SP, CEP 01319-030, por seu advogado signatário (também diretor-presidente da associação), nos autos da ação em epígrafe, proposta pelo **PSB – PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO** em face do art. 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde, publicada no D.O.U. de 05.02.2016; e do art. 25, inciso XXX, alínea *d*, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, publicada no D.O.U. de 11.06.2014, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.868/99, apresentar pedido de habilitação no processo na qualidade de **AMICUS CURIAE** e manifestar-se sobre a matéria da presente ação, pelas razões a seguir deduzidas.

## **1. DA LEGITIMIDADE DA ENTIDADE PETICIONÁRIA.**

O **GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero**, organização não-governamental que tem *atuação nacional* e tem entre seus objetivos promover os direitos da população LGBTI e enfrentar a homofobia e a transfobia, tem pertinência temática para atuar na qualidade de *amicus curiae* neste processo, na medida em que a promoção dos direitos da população *homens gays e bissexuais, bem como de travestis e transexuais*, população diretamente afetada pela efetiva **discriminação** que esta ação corretamente visa combater.

O **GADvS** foi um dos grupos que assinou o ofício à Procuradoria-Geral da República que gerou a propositura da **ADPF 291**, que visou declarar a não-recepção pela Constituição do crime de pederastia do Código

---

<sup>1</sup> Íntegra disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm> (acesso em 10.06.2016).

## GADvS

### **GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

Penal Militar (ou, ao menos, da expressão “homossexual ou não”, que tem um claro efeito discriminatório a homossexuais militares, como demonstrado naquela ação) – isso se constata pela menção aos signatários de tal ofício na petição inicial de dita ação (tal ação foi julgada parcialmente procedente por esta Suprema Corte). Em 2014, o GADvS oficiou o Tribunal de Justiça Desportiva de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça Desportiva para coibir manifestações homofóbicas em jogos de futebol<sup>2</sup>. Foi, ainda, aceito como *amicus curiae* na **ADI 4275**, que visa reconhecer o direito de travestis e transexuais a mudarem nome e sexo independentemente de cirurgia, bem como na **ADO 26**, que visa a criminalização da homofobia e da transfobia, por *interpretação conforme à Constituição* do art. 20 da Lei de Racismo, para entendê-las como espécie de gênero racismo, entre outras teses em prol da referida criminalização.

Ademais, o **GADvS** já organizou seminários e cursos pró-direitos da população LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais), como a coorganização da **“I Jornada de Direito Antidiscriminatório”**, nos dias 23 a 26.09.2011<sup>3</sup>, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), bem como o seminário **“Mudança de Sexo e Nome”**, ministrado pelo advogado signatário, como parte do curso “Direito e Diversidade Sexual”, nos dias 11, 18 e 25.06.2011<sup>4</sup>, e **“Aspectos Jurídicos e Sociais da Transexualidade e da Travestilidade”**, no dia 27.02.2012<sup>5</sup>, ambos no Sindicato dos Advogados de São Paulo ([www.sasp.org.br](http://www.sasp.org.br)).

Por fim, cabe citar que o **GADvS** participou da **audiência pública Igualdade na Veia: Doação de Sangue Igualitária por Homossexuais**<sup>6</sup> realizada em 09 de maio de 2016 (ata oficial já disponível<sup>7</sup>),

---

<sup>2</sup> Cf., v.g.: <http://www.gadvs.com.br/?p=1886> (último acesso em 13.06.16). Para uma matéria da BBC Brasil, entrevistando o signatário (enquanto diretor-presidente do GADvS) que bem relata o tema, vide [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140919\\_homofobia\\_futebol\\_corinthians\\_rm\\_rb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140919_homofobia_futebol_corinthians_rm_rb) (último acesso em 13.06.16).

<sup>3</sup> Cf. <http://www.dceusp.org.br/2011/08/primeira-jornada-direito-antidiscriminatorio/> (último acesso em 04.07.14).

<sup>4</sup> Cf. [http://www.gadvs.com.br/?page\\_id=699](http://www.gadvs.com.br/?page_id=699) (último acesso em 04.07.2014).

<sup>5</sup> Cf. <http://www.sasp.org.br/noticias/38-notas-rapidas/244-aspectos-sociais-e-juridicos-da-transexualidade-e-da-travestilidade.html> e <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=38542&idPagina=3260> (último acesso em 04.[...]07.14).

<sup>6</sup> Para um relato do GADvS sobre referida audiência pública, vide <http://www.gadvs.com.br/?p=1998> (último acesso em 13.06.2016). Divulgação da audiência em: <http://allevents.in/sao%20paulo/audi%C3%Aancia-p%C3%9Apublica-igualdade-na-veia-doa%C3%A7%C3%A3o-de-sangue-por-homossexuais/1587052951605843#> (último acesso em 13.06.2016). Matéria da Defensoria sobre a audiência pública: [http://agenciaaids.com.br/home/noticias/noticia\\_detalhe/24842#.V14y\\_r4\\_87s](http://agenciaaids.com.br/home/noticias/noticia_detalhe/24842#.V14y_r4_87s) (último acesso em 13.06.2016) (cuja foto tem divulgada mostra a presença do signatário, representando o GADvS).

<sup>7</sup> Para a ata da referida audiência pública, vide: [http://sei.dpu.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&codigo\\_verificador=1340619&codigo\\_cr\\_c=65288558&hash\\_download=09310ceeb831abe56cc712bc99050ddf0dee0c3c7c7a2cc7d98d1dab6a1dac90fa5bd74461](http://sei.dpu.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=1340619&codigo_cr_c=65288558&hash_download=09310ceeb831abe56cc712bc99050ddf0dee0c3c7c7a2cc7d98d1dab6a1dac90fa5bd74461)

## GADvS

### GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO

---

**organizada pela Defensoria Pública da União (na sede de São Paulo/SP), a qual manifestou-se favoravelmente à ação<sup>8</sup>**, que se opõe também a tais discriminações, da qual o GADvS participou e pôde se manifestar, representado pelo ora signatário (a manifestação que o signatário fez na referida ação civil pública encontra-se ora anexada a este *amicus*).

Vejamos a **manifestação do GADvS** sobre referida audiência, em seu *site*<sup>9</sup>:

O **ponto comum** das pessoas contrárias à proibição (todos os representantes de movimentos sociais) é a diferença de critérios entre HSHs [Homens que fazem Sexo com outros Homens] e HSMs (Homens que fazem Sexo com Mulheres). Para estes, proíbe-se a doação para aqueles que tiveram parceiras ocasionais (uma ou mais), para aqueles, proíbe-se para todo aquele que tenha tido qualquer ato sexual nos últimos doze meses – não importa se apenas com preservativo, não importa se apenas com parceiro fixo. **O GADvS defendeu, junto a outr@s, que isso, na prática, coloca HSHs como verdadeiro “grupo de risco” (conceito notoriamente abandonado nesta temática), por se presumir aprioristicamente que eles estariam sempre, em qualquer circunstância, em uma “situação de risco acrescida”, em uma “prática de risco” (o que é uma deturpação deste conceito, que deve considerar somente as práticas sexuais concretas e não a identidade das pessoas envolvidas).** Paulo Iotti indagou se os HSHs que não têm práticas de risco estariam sendo considerados meros **“danos colaterais”** pela presunção apriorística do Ministério da Saúde (não houve resposta). Um médico favorável à proibição falou que HSHs seriam desiguais em relação a Homens que Façam Sexo com Mulheres em razão dos maiores índices de contaminação entre HSHs e que igualdade é tratar desigualmente os desiguais... em nome do GADvS, **Paulo Iotti** pediu a palavra e argumentou que a questão dessa famosa máxima é definir o critério de comparação, ‘quem são os iguais e quem são os desiguais’, para com isso defender que os iguais são os que não têm práticas de risco e que, assim, é irrelevante até a porcentagem de infectados e sua sorologia, pois uma relação sorodiscordante (entre pessoa sem HIV e pessoa com HIV), se realizada apenas com sexo seguro, não traz risco de contaminação, especialmente se a sorologia estiver baixa. Quem era contra se pautava somente nos índices de contaminação, argumento este já rebatido/infirmado por tod@s @s que se opuseram, portanto. (*grifos nossos*)

Ademais, nos termos dos **arts. 2º e 3º** de seu Estatuto Social:

**Art. 2º. O GADvS tem como objetivo precípua o ativismo por meio do Direito para enfrentar a homofobia, a lesbofobia, a bifobia e a transfobia e**

---

[4d0319c00575caaab1dbc845ff655f9dd61f55873cfd5c05b6d8bf&visualizacao=1&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=8038](http://4d0319c00575caaab1dbc845ff655f9dd61f55873cfd5c05b6d8bf&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=8038)  
(acesso em 20.06.16).

<sup>8</sup> Cf. <http://saudejur.com.br/defensoria-apoia-adi-contra-portaria-de-ministerio-sobre-doacao-de-sangue/> (acesso em 13.06.2016).

<sup>9</sup> Cf. <http://www.gadvs.com.br/?p=1998> (último acesso em 13.06.2016)

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

**obter a igualdade de direitos para a população LGBTI** (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos). Constituem também seus objetivos sociais:

[...]

II – defender e estimular a efetivação dos direitos consagrados na Constituição Federal e em leis vigentes no país, bem como a criação de leis e políticas públicas que contemplem a diversidade sexual e de gênero e a população LGBTI, além de defender a criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero e outras formas de punição e enfrentamento a tais discriminações;

X – **contribuir para a construção de saberes sobre a diversidade sexual e de gênero que permitam uma renovação das práticas sociais**, visando estimular a inclusão social, a melhoria da qualidade de vida e o exercício da cidadania da população LGBTI;

[...]

XIV – **fornecer subsídios teórico-práticos** aos atores sociais na formulação, acompanhamento e avaliação das **políticas públicas**;

[...]

XXIX – atuar em quaisquer campos que julgue necessários para **promover os direitos da população LGBTI, com igualdade de direitos e igual dignidade jurídica relativamente aos conferidos a pessoas heterossexuais cisgêneras**, bem como para o enfrentamento da homofobia, da lesbofobia, da bifobia, da transfobia e da discriminação à população LGBTI em geral, a quaisquer minorias sexuais e de gênero e a quaisquer pessoas que não se enquadrem na heterossexualidade cisgênera;

XXX – **O GADvS apoiará e defenderá toda e qualquer luta contra preconceitos e discriminações contra minorias e grupos vulneráveis**, em especial as relativas a gênero, cor, etnia, procedência nacional, religião e condição de pessoa com deficiência;

[...]

**Art. 3º.** No desenvolvimento de suas atividades, **o GADvS** observará os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência, e não fará qualquer discriminação de raça, cor, língua, gênero, sexo, condição social, orientação sexual, identidade de gênero, credo político ou religioso, bem qualquer outra distinção discriminatória, **podendo, para tanto, desenvolver as seguintes atividades próprias:**

[...]

IX – realizar quaisquer outras atividades ou praticar quaisquer outros atos necessários ao cumprimento de seus objetivos sociais, entre elas, exemplificativamente, **apresentar manifestações de *amicus curiae* em processos anteriormente propostos em favor dos direitos da população LGBTI, do enfrentamento da discriminação por orientação sexual e da identidade de gênero e da discriminação contra quaisquer minorias sexuais, de gênero e de quaisquer pessoas que não se enquadrem na heterossexualidade cisgênera.** (*grifos nossos*)

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

Assim, considerando que o **GADvS luta pela isonomia de direitos da população LGBTI relativamente a heterossexuais cisgêneros** (que se identificam com o gênero socialmente atribuído a seu sexo biológico), tem-se por legítimo seu pleito de ingresso neste feito, na qualidade de *amicus curiae*, possibilitando-lhe a apresentação das razões a seguir deduzidas e a realização de sustentação oral neste julgamento, o que desde já se requer.

## **2. DA DISCRIMINAÇÃO PERPETRADA NO PRESENTE CASO.**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade que pede ao Supremo Tribunal Federal para que ele considere inconstitucional a discriminação perpetrada contra *Homens que façam Sexo com outros Homens (HSH)* nos últimos doze meses, mesmo que se trate de sexo seguro (com preservativo), monogâmico, sem parceiros ocasionais – só isto demonstra **intuitivamente** a arbitrariedade da referida discriminação.

Como bem destacado pela exordial, a normatização de regência proíbe a doação de sangue, no que é relevante à presente ação, nos termos do art. 64, II e IV, da Portaria n.º 158/2016, “o candidato”: “II – que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais”; e “IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes”. No mesmo sentido, o art. 25, XXX, “d”, da RDE n.º 43/2014, da ANVISA, considera como incorrendo em “prática sexual de risco” os “*indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes*” São estes dois últimos dispositivos que discriminam homens homossexuais e bissexuais, bem como travestis e mulheres transexuais (por transfobia do Estado brasileiro, que as considera como “homens” para efeitos de doação de sangue...). E, como bem dito pela exordial, “*tratam-se de preceitos autônomos, que criam embaraços genéricos e abstratos para a doação legal de homossexuais sem qualquer fundamento legal para tanto. Cuidam-se de atos normativos, e não regulamentadores. Portanto, a violação constitucional a que os dispositivos vergastados dão curso é direta e não depende de anterior juízo de legalidade, pois não há qualquer outra norma intermediando, em termos de fundamento de validade, a relação entre os atos normativos e a Constituição Federal*” (itens 17 e 18), daí o cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade (cf. ADI 4105/DF e 4874/DF, também citadas pela petição inicial).

Primeiramente, adiantando-se a argumentação manifestamente teratológica do Estado brasileiro acerca do tema, cabe notar que proibir a doação de sangue a *Homens que fizeram Sexo com outros Homens (HSH)* nos últimos doze meses é uma discriminação que atinge diretamente e é voltada (ao menos *principalmente*) a **homens homossexuais e bissexuais**, em verdadeira **discriminação por orientação sexual**. O Estado brasileiro nega voltar-se contra

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

homens homossexuais e bissexuais, pois diz que se o homem que fizer sexo com outro homem não for homossexual ou bissexual (assim não se identificar, for estuprado, tiver uma única prática sexual por “curiosidade” etc), a proibição também incidirá (essa é a absurda racionalização dele para, mesmo proibindo expressamente a discriminação por orientação sexual, perpetra-la no caso concreto). Contudo, Excelências, é **fato notório** que, em sua esmagadora maioria, *Homens que fazem Sexo com outros Homens* são **homens homossexuais e bissexuais**, donde a referida discriminação na doação de sangue os afeta diretamente (referido conceito, de *Homens que fazem Sexo com outros Homens*, surgiu apenas para evitar “polêmicas” com homens candidatos à doação, de não se considerarem homossexuais apesar de terem *apenas* relações sexuais com outros homens, ou não se considerarem bissexuais *apesar de também* terem relações sexuais com outros homens). Beira o **escárnio e desafia a inteligência** dizer que não haveria uma discriminação por orientação sexual quando se proíbe homens homossexuais e bissexuais de doarem sangue **mesmo sem terem nenhuma prática sexual de risco (sem preservativo, com múltiplos parceiros ocasionais etc – este último o critério atual do Estado brasileiro para o sexo heterossexual)**.

Logo, mais do que caracterizada uma **discriminação por orientação sexual** (ainda que eventualmente *não intencional*). Sobre o tema, cabe notar que **tanto há de fato discriminação por orientação sexual** que diversos são os relatos de *mulheres lésbicas e bissexuais* que foram impedidas de doar sangue (as quais não são proibidas de doar sangue *nem mesmo* pelo critério preconceituoso combatido na presente ação). Ou seja, **muitos hemocentros perguntam se a pessoa é “homossexual” (gay etc), não se tiveram “sexo com outro homem” no caso de homem**, chegando ao absurdo de negar-se a doação de sangue por mulheres lésbicas e bissexuais.

Ademais, pela forma transfóbica como o Estado brasileiro interpreta a questão, temos verdadeira **discriminação por identidade de gênero** no presente caso, já que considera travestis e mulheres transexuais como se “homens” fossem. Na verdadeira **genitalização da pessoa humana** perpetrada pelo *sensu comum* e pelo Estado brasileiro em geral, desconsidera-se a identidade de gênero das pessoas trans (daí a transfobia), considerando como “homens” as mulheres transexuais e travestis. Nesse sentido, a **discriminação do presente caso** também afeta a população trans, o que não pode ser desconsiderado por Vossas Excelências.

Passemos, assim, à análise do presente caso – esclarecendo-se que, sempre que se diz abaixo que “*alega o Estado brasileiro*” determinada questão, então respondida, trata-se da experiência argumentativa do signatário em debates anteriores sobre o tema, desde o realizado processualmente na **ação**

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

**civil pública n.º 2006.40.00.001761-6<sup>10</sup>**, movida em 2006 pelo Ministério Público Federal do Piauí, contra referida discriminação, na época contra ato normativo da ANVISA (Resolução 153/2004), seja em debates outros.

É absolutamente **arbitrária a discriminação** bem combatida na presente ação.

Com efeito, nos termos dos atos normativos corretamente atacados pela ação direta de inconstitucionalidade, temos aqui a aplicação de **dois pesos e duas medidas a situações absolutamente idênticas ou, no mínimo, equivalentes (no essencial)**, a saber, o ato sexual praticado por homens, ora com mulheres (cisgêneras), ora com homens. Isso porque, **enquanto para Homens que fazem Sexo com Mulheres (HSM)** proíbe-se a doação de sangue apenas se praticarem sexo ocasional com parceiras ocasionais e desconhecidas, **para Homens que fazem Sexo com outros Homens (HSH)** proíbe-se a doação de sangue para qualquer espécie de ato sexual, mesmo com parceiro fixo (logo, não ocasional e desconhecido), mesmo com preservativo – ou seja, mesmo que se trate de prática sexual segura.

**Eis a questão: na prática, discriminam-se Homens que fazem Sexo com outros Homens por se considerá-los como se constituíssem um “GRUPO DE RISCO” (sic), conceito este absolutamente ultrapassado e abandonado na área de expertise em questão.** A ANVISA no passado (já que regulamentava o tema anteriormente) e o Ministério da Saúde na atualidade negam que estariam utilizando o conceito de *grupo de risco*, mas de *prática de risco (ou situação de risco acrescida)*, que efetivamente é o conceito certo – atualmente, não se discriminam (legitimamente) grupos considerados como de risco, mas práticas de risco. Ocorre que **dizer que Homens que façam Sexo com outros Homens nos últimos doze meses estariam “sempre e necessariamente” em uma “prática de risco” ou em uma “situação de risco acrescido” é rigorosamente o mesmo que considerá-los como verdadeiro “GRUPO DE RISCO”...**

---

<sup>10</sup> Foi deferida medida liminar, suspendendo tal proibição de doação de sangue por Homens que façam Sexo com outros Homens nos últimos doze meses, a qual, todavia, foi reformada em sede de agravo de instrumento – em V. Acórdão, *data maxima venia*, que não enfrentou nenhum dos argumentos constantes da referida decisão e aceitou os *dois pesos e duas medidas* então defendidos pela ANVISA (e sua Resolução 156/2004). **Nenhum dos argumentos deste *amicus* foi enfrentado por tal decisão, e nem mesmo pela R. Sentença que, proferida por outro magistrado, julgou improcedente a ação.** Inexplicavelmente, a apelação não foi julgada até hoje (!), como se denota pelo *print* processual respectivo. Como mencionado no texto, o signatário apresentou manifestação naquele feito, com quase todos os argumentos jurídicos deste *amicus* (que traz outros) (**DOC. ANEXO**), a qual, embora citada pela citada sentença, não teve **nenhum** dos seus argumentos por ela enfrentados, nesta grande mazela do Judiciário brasileiro, de rejeitar fundamentos jurídicos sem se dignar a enfrentá-los... o que, *data vêniam*, ressuscita Kelsen na pior parte de sua teoria, a saber, de decisão judicial como puro *ato [arbitrário] de vontade*, numa espécie de “decido conforme a minha consciência” independentemente do que diga o ordenamento jurídico, já que não se digna a enfrentar os fundamentos contrários apresentados, mas não infirmados por tal decisão...

Afinal, a discriminação combatida na presente ação desconsidera solenemente toda e qualquer **PRÁTICA SEXUAL CONCRETA** de *Homens que façam Sexo com outros Homens* nos últimos doze meses: pura e simplesmente presume a “promiscuidade” sexual insegura de tais pessoas, já que os proíbe aprioristicamente de doar sangue, independentemente de sua conduta sexual concreta, se segura ou não.

Note-se, Excelências, que, embora tenha o Estado brasileiro alterado o órgão regulador deste tema e até a regra concreta relativamente a *Homens que façam Sexo com Mulheres*, a **essência teleológica da normatização é a mesma: proibição de doação de sangue para quem tenha práticas sexuais inseguras**. Antes, quando era a ANVISA que regulamentava o tema, por intermédio da **Resolução ANVISA 153/2004**, proibiu-se a doação de sangue a homens que façam sexo com parceiras ocasionais e desconhecidas **sem preservativo**, ao mesmo tempo em que se proibiu a doação de sangue por *Homens que façam Sexo com outros Homens* nos últimos doze meses, **mesmo que com parceiro físico, em relação monogâmica e apenas com preservativo** (reitere-se que uma situação com estas três características mostra o quão arbitrária e absurda, com enormes danos colaterais a pessoas que não têm nenhuma prática sexual insegura, a discriminação combatida pela presente ação).

**Ou seja, para práticas heterossexuais, exige-se sexo seguro e, atualmente, parceiros fixos; para práticas homossexuais, exige-se verdadeiro celibato sexual por doze meses...** O Estado brasileiro nega fazer isso, normalmente invoca países que têm proibições absolutas (eternas) de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens para dizer que teria uma posição “moderada” ou algo do gênero... **Ora, exigir celibato sexual por doze meses é, na prática, rigorosamente o mesmo que proibir a doação de sangue, pois é irreal pensar que pessoas medianas fixarão um ano sem praticar sexo para poderem doar sangue... é fato notório que não é isso que acontece com o homem médio (e fala-se aqui do “homem” enquanto pessoa do sexo masculino mesmo, embora tal se aplique às pessoas medianas em geral).**

Alega o Estado brasileiro, ainda, que a discriminação por ele perpetrada não seria arbitrária, mas supostamente “científica”, alegando que os índices de contaminação de doenças sexualmente transmissíveis (DST) entre *Homens que façam Sexo com outros Homens* seriam supostamente superiores em termos proporcionais relativamente a tal contaminação entre *Homens que façam Sexo com Mulheres*. Ocorre que, ainda que tal seja eventualmente verdadeiro (normalmente apenas se alega isso sem provar), **índices de contaminação supostamente superiores não justificam a discriminação apriorística perpetrada contra Homens que façam Sexo com outros Homens. Ora, se a prática sexual for segura (com preservativo), especialmente sem parceiros**



**ocasionais (critério atual do Estado brasileiro, criticável que eventualmente seja), NÃO HAVERÁ RISCO DE CONTAMINAÇÃO.** Se a pessoa eventualmente já estiver contaminada, o será em período superior ao da *janela imunológica* (atualmente inferior a um mês, pelos exames mais avançados – quinze dias, cf. a exordial – item 34), o que os exames que devem ser obrigatoriamente realizados em todas as bolsas de sangue coletadas detectarão (*até poucos anos atrás, absurdamente testavam-se apenas por amostragem as bolsas de sangue, mas de alguns anos para cá isso não mais acontece, testando-se todas as bolsas de sangue*).

Alega o Estado brasileiro, ainda, que haveria o problema da **janela imunológica**, ou seja, o período em que os exames de detecção de DSTs em geral não detectariam a doença na pessoa contaminada. Ocorre que, além de falar-se como se a janela imunológica fosse uma exclusividade de *Homens que fazem Sexo com outros Homens* (e notoriamente não o é), **fato é que, se a pessoa não tiver práticas sexuais de risco, não haverá risco de contaminação pelo critério sexual em questão.** Em que o sexo seguro (com preservativo) praticado com outro homem, especialmente se com parceiro fixo (critério atual do Estado brasileiro) teria de prática insegura???

Alega o Estado brasileiro, ainda, que se declarar-se a inconstitucionalidade da proibição de doação de sangue por *Homens que fizeram Sexo com outros Homens* nos últimos doze meses, então “necessariamente” as **outras proibições**. O argumento transcende a **má-fé**. Evidentemente, proibições de doar sangue ora por práticas sexuais, ora por tatuagens, ora por residir em determinado país assolado por determinadas doenças transmissíveis pelo sangue etc (estas algumas das outras proibições de doação de sangue) são proibições pautadas em **valorações distintas, donde a constatação da irracionalidade de alguma(s) não implica, necessariamente, na constatação da irracionalidade de outras**. Trata-se de argumentação *ad terrorem* esta do Estado brasileiro, que não pode, portanto, ser aceita por esta Suprema Corte.

Alega-se por vezes que seria uma pergunta “muito invasiva” à intimidade da pessoa se ela teve sexo com ou sem preservativo, algo que poderia “constranger” a pessoa em questão ou algo do gênero. **Mas ora, perguntar se o homem em questão teve sexo com outro homem é o mesmo que perguntar se ele é homossexual ou bissexual (ou, a se preferir, se ele teve práticas homossexuais ou bissexuais, o que, para o senso comum, é rigorosamente o mesmo). Logo, o questionário atual do Estado brasileiro é ainda mais invasivo à intimidade das pessoas que a questão que se propõe (sexo com ou sem preservativo, ou então com ou sem parceiro/a fixo/a, para usar o atual critério do Estado brasileiro).** Que se pergunte se o *sexo oral* também foi com ou sem preservativo (notoriamente, a ciência afirma que o risco é muito pequeno de transmissão de doenças no sexo oral, embora o risco exista, pelo menos se

houver contato com sangue). **O que não se pode tolerar constitucionalmente é a aplicação de dois pesos e duas medidas para situações absolutamente idênticas ou, pelo menos, equivalentes no essencial, a saber, o ato sexual.**

Nesse sentido, por vezes também se alega que o **sexo anal** é mais perigoso que o sexo vaginal para fins de transmissão de doenças, pelo fato de ter maior aptidão a pequenos sangramentos e, assim, contato com sangue. Ocorre que, ainda que o *sexo anal* tenha um maior risco para transmissão de doenças, **se a prática sexual ocorreu com preservativo, então não haverá risco de contaminação de doenças.** Que se pergunte, no questionário, se alguma vez nos atos sexuais o preservativo teria se rompido (etc) (casos raros), mas **a menos que o Estado brasileiro venha defender o absurdo de que o sexo com preservativo não seria seguro, ou seja, não seria apto a prevenir a contaminação por doenças sexualmente transmissíveis** (o que seria **teratológico** e contrariaria o conhecimento científico sobre o tema, daí o Estado brasileiro não o dizer expressamente, embora sua postura denote esta **teratológica** posição), então não pode proibir a doação de sangue por *Homens que fizeram Sexo Seguro (com preservativo) com outros Homens* pelo simples fato de terem praticado sexo anal seguro (com preservativo)...

Tal postura discriminatória do Estado brasileiro é, ainda, claramente violadora do **princípio da presunção de boa-fé**, notório princípio geral de Direito. Com efeito, **uma vez que se acredita na palavra de Homens que fizeram Sexo com Mulheres**, para se perguntar a eles apenas (relativamente ao critério sexual da doação) se praticaram sexo com parceiras ocasionais ou desconhecidas (ou sexo com preservativo, como era no passado), **por qual motivo não se deveria acreditar na palavra de Homens que fizeram Sexo com outros Homens na mesma pergunta???** Ora, o Estado brasileiro claramente desconfia destes, já que **absurdamente presume** que eles teriam “maior chance” de estar contaminados por doenças sexualmente transmissíveis (também transmissíveis pela doação de sangue) e, pior, absurdamente presume que mentiriam se perguntados (é a decorrência lógica de não fazer a eles a mesma pergunta que faz relativamente às práticas heterossexuais), razão pela qual não faz a pergunta que faz a *Homens que fazem Sexo com Mulheres*... **Postura claramente discriminatória e estigmatizante, data maxima venia...**

Tal é bem destacado na exordial, quando relata que “**O modelo da entrevista baseia-se na confiança de que o candidato irá relatar todas as questões que podem gerar risco para infecções na transmissão**” [g.n – cf. art. 55, *caput* e par. Único, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde – item 65 da Inicial]. **Ora, se acredita-se na palavra de Homens que fizeram Sexo com Mulheres, não se pode duvidar da palavra de Homens que fizeram Sexo com outros Homens...** Absurdamente discriminatórios e estigmatizantes tais **dois pesos e duas medidas**, portanto. Ao passo que “*Caso o candidato seja*

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

*aprovado na entrevista, o sangue é coletado e se submete, necessariamente, a exames de alta sensibilidade para detecção de DST's, conforme elucida a própria Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde” (art. 130, §§1º, 5º, 13 e 14 – item 66 da Inicial). Daí que “o objetivo desta ação é apenas extirpar do ordenamento jurídico pátrio **a falsa e inconstitucional presunção de que os homens homossexuais são grupos de risco** para a doação de sangue. É disso que se trata: viabilizar que as pessoas submetam seu sangue a exames, independentemente de sua orientação sexual e de preconceitos” (item 67 da exordial).*

Esclareça-se algo: **já está superada a noção de “grupos de risco”, substituída pela de situações de risco acrescido (ou de práticas de risco), contudo, classificar o sexo homossexual masculino como “inerentemente” uma “situação de risco acrescido” pautada por uma profunda ignorância e, assim, por um profundo preconceito**, que desconsidera o **fato notório** segundo o qual a prática de sexo com preservativo é uma prática sexual segura, seja ela praticada com pessoas do mesmo sexo ou com pessoas de sexos diversos... A pergunta que o Estado brasileiro (os hemocentros) deveria(m) fazer é se a pessoa praticou sexo sem preservativo nos últimos doze meses e, em caso negativo, se alguma vez, nos últimos doze meses, o preservativo se rompeu durante alguma relação sexual, para somente com a resposta positiva a alguma destas perguntas negar a doação de sangue a pessoas por sua prática sexual (ou, no mínimo, a pergunta do critério atual, de se a prática sexual se deu com parceiro/a ocasional ou desconhecido/a). Mas **não uma pergunta profundamente preconceituosa sobre o sexo da pessoa/gênero com quem a pessoa se relacionou sexualmente, que claramente possui em si a esdrúxula pré-compreensão preconceituosa da “peste gay” relativamente à AIDS**, que tanto assolou a comunidade homossexual (e LGBT em geral) na década de 1980 e mesmo na década de 1990, pré-compreensão esta que evidente neste caso pela **proibição da doação de sangue até mesmo para homens em relações homoafetivas monogâmicas, com parceiro fixo e praticantes apenas de sexo seguro (com preservativo)**.

***Seria isto um “dano colateral” considerado “aceitável” pelo Estado brasileiro??? Dito “dano colateral” reforça ainda mais o caráter arbitrário e preconceituoso da discriminação combatida pela presente ação.***

Tal foi bem trabalhado pela petição inicial, em seus itens 69 a 80, este último que, após explicar a evolução do tema (e liberação da doação de sangue para homossexuais) na Argentina, no Chile, na Espanha, na África do Sul e em Portugal, bem concluiu no sentido de que **“Quer-se demonstrar, portanto, que a *tendência mundial* é tomar como parâmetro para segurança das doações**

as “condutas de risco”, em detrimento da ultrapassada lógica dos “grupos de risco” – que, além de discriminatória, é falha e ineficaz” (item 80 da exordial).

Como se vê, afigura-se verdadeiramente **arbitrária, por desprovida de fundamentação lógico-racional que lhe sustente**, a proibição à doação de sangue por *Homens que façam Sexo com outros Homens* (e respectivas parceiras, no caso de bissexuais). Com efeito, como visto, o único argumento que o Estado brasileiro tenta trazer de cunho supostamente “científico” é o do suposto índice maior de contaminação entre *Homens que façam Sexo com outros Homens* relativamente a *Homens que façam Sexo com Mulheres*. Mas, como mencionado, ainda que isto seja verdade, **fato é que, pela adoção do critério das práticas de risco em substituição à discriminatória noção de “grupos de risco”**, uma vez apurado que a pessoa não teve práticas sexuais de risco, então ela não pode ser proibida de doar sangue pelo critério sexual (pode eventualmente sê-lo por algum outro dos critérios da normatização de regência, mas não o sexual). Logo, **esse argumento do Estado brasileiro não se afigura apto a justificar constitucionalmente a discriminação contra *Homens que fizeram Sexo com outros Homens nos últimos doze meses***, na medida em que, se as práticas sexuais deles não foram de risco (ou seja, se tiveram sexo seguro, com preservativo, e especialmente sem parceiros ocasionais e desconhecidos, critério atual do Estado brasileiro), então **não há risco de contaminação do sangue doado por *Homens que fizeram Sexo com outros Homens nos últimos doze meses***.

Passa-se, assim, a explicitar os argumentos pautados na **principiologia constitucional** que ratificam as considerações e conclusões supra, pela inconstitucionalidade da discriminação atualmente perpetrada pelo Estado brasileiro.

### **3. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS PELA DISCRIMINAÇÃO EM QUESTÃO. Proporcionalidade, Isonomia e Razoabilidade.**

#### **3.1. Princípio da Proporcionalidade.**

Como se sabe, como forma de controle da atividade estatal e mesmo de solução no conflito entre dois ou mais direitos, o **princípio da proporcionalidade** é subdividido em três subprincípios, a saber: o da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*. A **adequação** demanda que a medida analisada seja apta a atingir o resultado pretendido. A **necessidade** exige que deve ser utilizado o meio menos gravoso para se atingir aquele fim; por fim, a **proporcionalidade em sentido estrito** determina que deve ser feita uma ponderação efetiva entre os direitos em conflito para se apurar qual deles deverá ser sacrificado (na menor medida possível) ou qual a forma de compatibilização entre eles para se evitar o conflito efetivo e se acabar com a tensão existente.

Com esses conceitos em mente, verifica-se que a atitude tomada pelo Estado brasileiro, ao proibir que *Homens que façam Sexo com outros Homens* doem sangue caso tenham tido relações sexuais com outros homens nos doze meses anteriores à doação, mesmo que se tenha tratado de sexo seguro (com camisinha) e mesmo que tenha sido com parceiro fixo, em relação monogâmica ou sem parceiros sexuais ocasionais em sexo desprotegido, afronta diretamente o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que **tal atitude não é adequada, não é necessária e não é proporcional em sentido estrito**. Passa-se, assim, a demonstrar tal colocação:

a) **Ausência de Adequação:** a medida impugnada é absolutamente ***inapta a atingir o resultado pretendido***, tendo em vista que o fato de se fazer sexo com outros homens não implica em uma “**situação de risco acrescido**” – esta ocorre quando se tem uma **relação sexual desprotegida (sem preservativo) com qualquer pessoa, independentemente de se tratar de um homem ou uma mulher**. Ou seja, a relação sexual segura (com preservativo) de um homem com outro homem não implica em risco nenhum, razão pela qual verifica-se que a pergunta referente à orientação sexual da pessoa é absolutamente inadequada – **adequada seria uma pergunta sobre a prática sexual da pessoa, se segura (com preservativo) ou insegura (sem preservativo)**.

Ademais, pelo critério atual do Estado brasileiro, de proibir a doação de sangue a quem tenha tido parceiros sexuais ocasionais e/ou desconhecidos, **isso nenhuma relação tem com o fato de se ter praticado o ato sexual com pessoa do mesmo ou de outro sexo/gênero. Logo, proibir a doação de sangue por um ato (sexo de um homem com outro homem) que nenhuma relação tem com a possibilidade de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis afigura-se como medida flagrantemente inadequada/inapta para se atingir a finalidade de se combater a doação de sangue contaminado** – pois se o sexo foi seguro (com preservativo) e especialmente com parceiro fixo ou sem parceiros ocasionais e desconhecidos (critério atual do Estado brasileiro), então risco algum haverá do sangue estar contaminado **pelo critério sexual** (embora, por outros, possa haver a proibição, se incidentes na espécie, mas a presente ação combate o critério sexual apenas);

b) **Ausência de Necessidade:** a medida tomada pelo Estado brasileiro é **desnecessária**, tendo em vista a existência de uma medida menos gravosa capaz de atingir o objetivo por ela pretendido, a saber, uma **pergunta referente à prática sexual da pessoa, se segura (com preservativo) ou insegura (sem preservativo)**, tendo em vista que a prática de sexo seguro (com preservativo) com outros homens não implica em uma “situação de risco acrescido”, mas somente a prática sexual insegura (sem camisinha) com qualquer pessoa, seja ela um homem ou uma mulher.

No mesmo sentido, pelo critério atual do Estado brasileiro, deve-se perguntar ao homem se ele teve parceiros ocasionais ou desconhecidos (que é o que a normatização exige que se pergunte a *Homens que fizeram Sexo apenas com Mulheres*), não se teve sexo com outros homens, daí ser **objetivamente menos gravosa a conduta de perguntar se** houve prática sexual com parceiros ocasionais ou desconhecidos **ao invés de se** houve prática sexual com outros homens (ainda que protegida e em relação monogâmica).

**c) Ausência de Proporcionalidade em sentido estrito:** analisado o caso concreto, verifica-se que temos, de um lado, o direito dos cidadãos homo e bissexuais (e mesmo de travestis e mulheres transexuais, pela postura transfóbica do Estado brasileiro de considerá-las como “homens” no presente caso) de não serem discriminados(as) arbitrariamente e, de outro, **não há nenhum direito em conflito com dito direito – ao contrário, temos uma atitude atécnica e preconceituosa do Estado brasileiro, que sem nenhuma base científica considera tais homens (e mulheres travestis e transexuais) estariam em uma “situação de risco acrescido” (incorrendo em “práticas de risco”) quando os conhecimentos médico-científicos sobre o vírus HIV e doenças sexualmente transmissíveis em geral demonstram que ter sexo com outros homens não traz nem mais nem menos propensão à contaminação por tais doenças, desde que com preservativo – o que traz é a prática de sexo inseguro (sem preservativo). Somente quem faz isto está numa “situação de risco acrescido”, ao passo que um homem que tenha uma relação protegida (com preservativo) com outro homem não terá o menor risco de ser contaminado pelo vírus do HIV e DSTs em geral.**

Assim, temos uma daquelas situações em que não há nem mesmo “tensão” entre direitos – temos o direito à não-discriminação arbitrária dos homossexuais, bissexuais (e de travestis e mulheres transexuais, pela citada postura simplória e transfóbica do Estado brasileiro), sendo desrespeitado em virtude de uma **atitude atécnica e preconceituosa**, que dissemina um estigma já há muito superado pela ciência médica mundial segundo o qual *Homens que fazem Sexo com outros Homens* (HSH) estariam em uma “situação de risco acrescido”...

Entenda-se, obviamente existe o direito de quem recebe o sangue de ser protegido pelo Estado por critérios de seleção que diminuam o risco de contaminação, **mas** a partir do momento em que o sexo de um homem com outro homem **não é** uma “prática de risco”, ao contrário do que absurdamente o Estado brasileiro quer fazer crer, então não há sequer risco potencial a receptores(as) de sangue ao receberem sangue de *Homens que fizeram Sexo com outros Homens* nos últimos doze meses que não tenham tido práticas sexuais de risco. Daí dizer-se que “não há direito contraposto” ao direito de *Homens que*

*fizeram Sexo com outros Homens* nos últimos doze meses a doar sangue, porque está pressuposto que se indagará aos mesmos se tiveram ou não práticas sexuais de risco (o que o sexo entre homens não é).

Nesse sentido, parafraseando a decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia, infra transcrita, que aduz que **o fato é que o [Estado brasileiro] presume que Homens que fazem Sexo com outros Homens praticam sexo inseguro, e, portanto, que poderiam ser HIV positivo, apenas com base em sua orientação sexual. Isso tem como consequência, em primeiro lugar, o reforço do estigma social e discriminatório contra os homossexuais, pois perpetua o estereótipo de que todos os homens gays têm comportamento sexual de risco e, em segundo lugar, tem como consequência o sacrifício de um grande número de potenciais doadores que vêm para o sistema de saúde com um propósito altruísta ou simplesmente do dever de solidariedade social, que é um dever constitucional.**

Dessa forma, verifica-se claramente que, diante da absoluta ausência de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito na medida tomada pelo Estado brasileiro, impugnada pela presente ação, tem-se como claramente inconstitucional a proibição de tais pessoas que tenham praticado sexo seguro (com preservativo) com outros homens nos doze meses anteriores à doação, tendo em vista que a prática de sexo seguro evita qualquer risco de contaminação pelo vírus HIV e DSTs em geral.

***A decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia, adiante explicitada (itens 5 e 5.1), que derrubou discriminação equivalente à aqui combatida, bem explica a ausência de proporcionalidade, por inexistência de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito na mesma, razão pela qual remete-se Vossas Excelências a tais importantes tópicos.***

### **3.2. Os Princípios da Isonomia, da Dignidade Humana e da Laicidade Estatal.**

Tratar-se-ão destes três princípios conjuntamente por se entender aqui que as conclusões relativas aos princípios da dignidade da pessoa humana e da laicidade estatal estão intimamente relacionadas com as conclusões relativas ao princípio da isonomia.

Como se sabe, a isonomia não veda toda e qualquer *diferenciação* entre pessoas, mas exige que as **diferenciações juridicamente válidas** sejam pautadas por uma **motivação lógico-racional** entre a discriminação pretendida e o critério diferenciador exigido. Esta é a clássica lição

de **Celso Antônio Bandeira de Mello**<sup>11</sup>, pacífica na doutrina e na jurisprudência pátrias, que se traduz naquilo que o **Tribunal Constitucional Português** explica como a **proibição do arbítrio**.

No caso discutido na presente ação, temos a seguinte discriminação: hoje homossexuais e bissexuais são proibidos de doar sangue ao simplesmente usufruírem de sua sexualidade, ou seja, se tiverem tido uma relação sexual com outros homens **ainda que sem práticas sexuais de risco**, ao passo que heterossexuais que igualmente usufruem de sua sexualidade sem práticas de risco não são impedidos de doar sangue...

**Dessa forma, deve ser feita a seguinte indagação: há algum motivo lógico-racional que justifique a discriminação de Homens que façam Sexo com outros Homens em relação a Homens que façam Sexo com Mulheres no que tange à doação de sangue?**

Consoante o supra exposto, **a resposta é absolutamente negativa**. Com efeito, se o ato sexual foi praticado com preservativo, não há risco de contaminação por força de dito ato sexual. Ademais, pelo atual critério do Estado brasileiro, de proibir a doação de sangue a homens que praticaram ato sexo com parceiras (mulheres) ocasionais ou desconhecidas, a aceitar-se a validade de tal critério, então se o homem não tiver praticado sexo com parceiro sexual (masculino) eventual ou desconhecido, **então não haverá risco de o sangue estar contaminado** (segundo este questionável critério atual do Estado brasileiro).

De qualquer forma, a questão é que **a isonomia não pode tolerar critérios diferentes entre Homens que fazem Sexo com Homens e Homens que fazem Sexo com Mulheres**. Porque não há motivação lógico-racional na aplicação destes verdadeiros **dois pesos e duas medidas**, de se exigir determinadas condutas de uns (HSH) relativamente a outros (HSM).

Sobre o **princípio da dignidade da pessoa humana**, o relevante aqui é lembrar que ele demanda que todas as pessoas tenham a si reconhecida a mesma dignidade, pelo simples fato de serem pessoas humanas, só se admitindo sua relativização por intermédio do citado aspecto material do princípio da igualdade<sup>12</sup>. Sob pena de verdadeira *instrumentalização da pessoa humana*, notoriamente vedada pela célebre “fórmula-objeto” de matriz kantiana.

---

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3a Ed., 11a Tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>12</sup> Para uma melhor compreensão das teorias hoje existentes para a definição do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, vide AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, ano 91, volume 797 e SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 6ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.



Nesse sentido, cabe lembrar que **a homossexuais e as práticas sexuais homossexuais são merecedoras do mesmo respeito e consideração relativamente a heterossexuais e as práticas sexuais heterossexuais**. Isso é relevante aqui porque, a se *presumir, como o Estado brasileiro claramente e incontestavelmente presume aqui*, que as práticas sexuais homossexuais seriam “mais perigosas” que as práticas sexuais heterossexuais, mesmo se praticadas com preservativo ou, pelo menos (pelo critério atual), sem parceiros ocasionais e desconhecidos, implica em verdadeira **hierarquização da heterossexualidade sobre a homo e a bissexualidade**, por se presumir que aquela seria “mais segura” que estas *mesmo em se tratando de sexo seguro (com preservativo) ou de sexo praticado com parceiro fixo (critério atual do Estado brasileiro)*.

Ainda nessa linha, cabe rememorar, em um breve histórico, que a homossexualidade passou de um comportamento ignorado no início dos tempos, por considerado tão normal quanto a heterossexualidade, e inclusive vangloriado em determinados contextos em civilizações como a Grécia Clássica, para um comportamento recriminado com o fortalecimento de determinadas religiões, que pregam até hoje que seria ela contrária à vontade de Deus<sup>13</sup>. No Ocidente, o surgimento da Igreja Católica Apostólica Romana (a única vertente do fé cristã na época), que dominou o cenário político do Ocidente na Idade Média, arraigou na sociedade o pensamento de que era a homossexualidade um pecado, e por isso mesmo deveria ser combatida. Mas, com a *evolução do pensamento humano* (da justificação dos fatos da vida pela religião para passar-se a fazê-lo pela ciência), que estava arraigado com a concepção de ser a homossexualidade “algo errado”, passou a ciência médica, no final do século XIX, a considerar a homossexualidade não como um pecado, mas como uma doença passível de tratamento pelo simples fato de constituírem os heterossexuais a maioria da população mundial, servindo este entendimento como justificador para a discriminação jurídica de homossexuais em relação a heterossexuais.

Todavia, este entendimento encontra-se hoje superado. **A Organização Mundial de Saúde (OMS), através de sua Classificação Mundial de Doenças n.º 10, em sua última revisão em 1990 (CID 10), deixou de considerar a homossexualidade e a bissexualidade como “doenças”, dizendo expressamente que “a orientação sexual por si não deve ser vista como um transtorno”<sup>14</sup>**. Assim, substituiu-se o sufixo “-ismo” (que se refere a “doença”)

---

<sup>13</sup> Nesse sentido: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, cap. 01.

<sup>14</sup> In Classificação Internacional de Doenças No. 10 (CID 10), no Capítulo V, tópico F66, in “<http://www.datasus.gov.br/cid10/webhelp/cid10.htm>”, acesso em 14/10/06. A luta atual é pela *despatologização das identidades trans*, já despatologizadas na França, em 2009, luta esta apoiada pelo Conselho Regional de Psicologia de

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

pelo sufixo “-dade” (que configura “modo de ser”<sup>15</sup>), passando-se a ser tecnicamente incorreto o uso do termo “homossexualismo”, sendo correta a expressão “homossexualidade” (e “bissexualidade”).

**Nisso foi seguida a OMS pelo Conselho Federal (Brasileiro) de Psicologia que, em sua Resolução n.º 01/1999, deixou expresso que a homossexualidade e a bissexualidade não constituem doenças, desvios psicológicos, perversões nem nada do gênero, donde se percebe serem elas livres manifestações da sexualidade humana, ao lado da heterossexualidade, estando proibidos os psicólogos de pregar ou praticar técnicas de “cura” da homossexualidade, que não constitui patologia.**

**Assim, configura-se como um argumento a mais em prol da defesa da DIGNIDADE de Homens que fazem Sexo com outros Homens (e, portanto, homens homossexuais e bissexuais),** que não podem ser considerados aprioristicamente “menos dignos” ou terem a si imputada uma absurda “presunção” de “maior chance” de terem seu sangue contaminado. Tal é relevante porque, **se não tiveram práticas sexuais de risco**, então não podem ser proibidos de doar sangue, por isso implicar em considerá-los **“menos dignos”** que *Homens que façam Sexo com Mulheres*.

Por fim, ressalte-se que a homossexualidade não é uma opção do indivíduo, mas uma característica natural sua, visto que, se opção fosse, certamente nenhuma pessoa escolheria viver de uma forma pela qual sofre preconceito por parte considerável da sociedade (entenda-se bem: não se trata de considerar esta ou aquela orientação sexual “mais correta” do que a outra, apenas a constatação de fato segundo o qual é muito mais fácil ser heterossexual do que homo ou bissexual atualmente, devido ao forte preconceito existente contra os dois últimos). Assim como a pessoa não escolhe ser heterossexual, igualmente não escolheram os homossexuais em nenhum momento de sua vida que queriam ser homossexuais – apenas descobriram essa característica sua. O mesmo (inexistência de “opção”) vale para a bissexualidade, a travestilidade e a transexualidade, cabe ressaltar.

Cabe, ainda, mencionar o **princípio da laicidade estatal**, que significa, além de não poder haver identidade entre Estado e instituições religiosas e nem mesmo a adoção de uma religião oficial, que **fundamentações religiosas não podem ser invocadas para justificar discriminações**

---

São Paulo ([http://www.crpsp.org.br/portal/midia/fiquedeolho\\_ver.aspx?id=365](http://www.crpsp.org.br/portal/midia/fiquedeolho_ver.aspx?id=365)) e pelo Conselho Federal de Psicologia (<http://site.cfp.org.br/tag/identidade-trans/>) (links acessados em 20.06.16)..

<sup>15</sup> O sufixo “ismo” também pode significar “sistema de princípios e crenças”, como em *capitalismo/socialismo, catolicismo/judaísmo/islamismo* etc, mas, quando relacionado a condutas humanas, relaciona-se a “doenças” (além do outro significado evidentemente não se aplicar a condutas humanas).

**jurídicas**<sup>16</sup>. Ou seja, desse princípio, exposto pelo artigo 19 e respectivos incisos (em especial: I e III) da Constituição Federal, decorre que nenhuma explicação religiosa pode servir de fundamento válido para se justificar discriminações jurídicas entre os cidadãos brasileiros – logo, nenhuma explicação religiosa serve de motivo lógico-racional justificador de discriminações jurídicas, conforme exige a isonomia. Mesmo porque as religiões fundamentam-se pela fé, que não exige comprovação científica, mas apenas que se acredite nela, donde fica claro o subjetivismo das religiões, subjetivismo este que não pode ser usado como paradigma em um Estado que se considere Social e Democrático de Direito, como o Brasil, especialmente quando consagra o princípio do Estado Laico.

**Assim, ainda que se considere que a Bíblia ou qualquer outro livro religioso condena a homossexualidade<sup>17</sup>, isto é irrelevante para o Direito pátrio, posto reger-se ele pelo princípio do Estado Laico, que impede que motivações religiosas venham a justificar validamente discriminações jurídicas – e, se forem elas utilizadas, terá-se inconstitucionalidade da discriminação em questão por afronta à isonomia e à dignidade da pessoa humana.**

### **3.3. Princípio da Razoabilidade.**

---

<sup>16</sup> Cf.: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Tomemos a sério o Princípio do Estado Laico**. Revista Jus Navegandi, Teresina, ano 13, n. 1830, 5 jul. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11457>> . Acesso em 20.06.16. Desenvolvendo os temas de tal artigo: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Laicidade Estatal tomada a sério**. Revista Jus Navegandi, Teresina, ano 13, n. 1830, 5 jul. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11463>>. Acesso em 20.06.16.

<sup>17</sup> Sobre o tema, v.g., o padre estadunidense Daniel A. Helminiak desmistifica as alegações de que a Bíblia condena a homossexualidade *per si*, demonstrando, por outro lado, que as condenações bíblicas são outras, que por um acaso, nos exemplos bíblicos, envolviam a prática homossexual. Assim, pede-se *venia* para se transcrever aqui a conclusão por ele exposta em seu livro HELMINIAK, Daniel A. **O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade**, São Paulo: GLS Edições, 1998, pp. 27-28: **“Todos estes textos tratam de temas outros que não a própria atividade homogenital, e os cinco se resumem a apenas três diferentes questões. Primeiro, o Levítico proíbe a homogenitalidade como uma traição à identidade judaica, pois supostamente o sexo entre homens era uma prática canaanita. A questão tratada pelo Levítico com relação ao sexo entre homens era a da impureza, uma ofensa contra a religião judaica e não uma violação da natureza intrínseca do sexo. Segundo, a Epístola aos Romanos pressupõe o ensinamento das leis judaicas do Levítico, e em Romanos o sexo entre homens é mencionado como um exemplo de impureza. Entretanto, a sua inclusão em Romanos tem a finalidade precisa de demonstrar que as questões de pureza não tinham importância em Cristo. Finalmente, através do obscuro termo arsenokoitai, 1 Coríntios e 1 Timóteo condenam os abusos associados à atividade homogenital no século I: exploração e libertinagem. Portanto, a Bíblia não assume diretamente nenhuma posição definida sobre a moralidade dos atos homogenitais enquanto tais, e nem sobre a moralidade dos relacionamentos de gays e lésbicas. De fato, o mais extenso tratamento que a Bíblia concede ao assunto – em Romanos – sugere que em si os atos homogenitais não têm qualquer significado ético. Entretanto, compreendidos em seu contexto histórico, os ensinamentos de 1 Coríntios e 1 Timóteo deixam claro o seguinte: as formas abusivas de sexo ente homossexuais e entre heterossexuais devem ser evitadas. [...] Isto é tudo o que pode ser dito honestamente acerca dos ensinamentos bíblicos sobre a homossexualidade. Se as pessoas ainda quiserem saber com certeza se o sexo entre gays ou lésbicas em si é bom ou ruim, se os atos homogenitais enquanto tais são certos ou errados, eles terão de procurar a resposta em algum outro lugar. Sim, porque o simples fato é que a Bíblia nunca aborda essa questão. E mais: a Bíblia parece deliberadamente não estar preocupada com este assunto”**. (destaques nossos)

Na lição de **Jane Reis Gonçalves Pereira**<sup>18</sup>, o **princípio razoabilidade** significa **antônimo de arbitrariedade** (são irrazoáveis medidas destituídas de causa ou fundamento, assim como aquelas pautadas em razões irrelevantes, o que supõe um *imperativo de congruência* às mesmas), **justiça do caso concreto** (são irrazoáveis posturas que desconsiderem as peculiaridades do caso concreto, as regras da lógica ou da experiência comum – razoabilidade como sinônimo de equidade), **exigência de consistência e coerência lógica** (coerência interna, no sentido de ausência de contradição entre si, e coerência externa, harmonia com o ordenamento jurídico em geral) e **equivalência** (imposição constitucional de correspondência equilibrada entre as grandezas analisadas).

Nesse sentido, tem-se como **irrazoável a proibição de doação de sangue por Homens que tenham praticado Sexo seguro (com preservativo) com outros Homens** nos últimos doze meses por ignorar a **justiça do caso concreto**, na medida em que dita proibição arbitrariamente generaliza a prática de sexo inseguro à generalidade dos homens que fazem sexo com outros homens, ainda que tenham tido práticas sexuais efetivamente seguras... Ademais, referida medida é irrazoável também por ser **incoerente**, pois ela não tem nenhuma relação lógica com a prevenção da contaminação dos recebedores do sangue doado na medida em que o sexo seguro (com preservativo e mesmo em relações monogâmicas) entre dois homens não traz nenhum risco de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis. É irrazoável, ainda, por **irracionalidade**, ante a ausência de motivação lógico-racional que justifique a proibição de homens homossexuais e bissexuais que só pratiquem sexo seguro (com preservativo) doarem sangue, por ser o sexo seguro apto a impedir a contaminação por Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs). É irrazoável, ainda, por **ausência de coerência interna e externa**, pela contradição conceitual em dizer que sexo seguro entre homens tornaria estes um grupo em “*situação de risco acrescido*” ou em “*práticas de risco*” (sic), além da contradição com os valores constitucionais da proporcionalidade, isonomia, dignidade humana e laicidade estatal. É irrazoável, por fim, por **ausência de equivalência**, por não haver bem constitucional que se beneficie por esta arbitrária/preconceituosa discriminação perpetrada pelo Estado brasileiro – aliás, **a sociedade perde com a postura arbitrária/preconceituosa**, pois os bancos de sangue ficam menos aptos a suprir as necessidades da população.

#### **4. DOS FUNDAMENTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA N.º 2006.40.00.001761-6, MOVIDA PELO MPF/PI CONTRA DISCRIMINAÇÃO EQUIVALENTE À COMBATIDA POR ESTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

---

<sup>18</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**, Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2006, pp. 358-366.

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

Em sua petição inicial, o Ministério Público corretamente aduziu que a então Resolução n.º 153/2004 da ANVISA (hoje substituída pela normatização corretamente atacada nesta ADI) era inconstitucional por afronta aos **princípios da igualdade, da liberdade, da promoção do bem-estar dos indivíduos e da promoção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, sendo que as razões exordiais podem ser sintetizadas por este seguinte trecho daquela peça (às suas fls. 19):

[...]

Já dissemos que essa vedação viola o princípio da **igualdade**, fazendo preconceituosa distinção entre brasileiros heterossexuais e homossexuais para o fim de doação de sangue, apoiando essa discriminação no fator ilegítimo que é a orientação sexual do ser humano.

Já dissemos que essa vedação viola o princípio da **liberdade** no seu aspecto liberdade de escolha, já que incita forçosamente as pessoas a escolherem parceiro heterossexual, desestimulando a escolha do homossexualismo [sic] como modo de ser e de viver a partir da negativa de direito da cidadania.

Dissemos também que essa vedação viola o valor do **bem-estar** dos indivíduos, constituindo óbice à consagração do direito constitucional à felicidade das pessoas que optaram [sic] pela homossexualidade, sem que nenhum benefício individual ou social justifique tamanha restrição.

O Poder Judiciário, como um dos três poderes do Estado, pode ajudar a salvar vidas, diminuindo o preconceito e, conseqüentemente, a homofobia, que é responsável por infindáveis agressões e assassinatos contra pessoas de orientação sexual diversa da patronizada, que é a heterossexual.

Uma decisão de procedência contribuirá para termos uma sociedade mais **‘fraterna, pluralista e sem preconceitos’**: acabará com uma postura estatal baseada no preconceito pela orientação sexual, ajudando a integrar as pessoas homossexuais ao harmônico convívio social, prestigiando a inclusão, que é própria do amor fraterno, bem como aceitando a diferença, que é própria de uma sociedade pluralista.

[...]

O **GADvS** concorda com os fundamentos invocados, a saber os **princípios da igualdade, da liberdade, da promoção do bem-estar e da promoção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**. Contudo, apenas fazem uma ressalva: conforme apontado no tópico anterior, a homossexualidade e a bissexualidade não se constituem como uma “opção” do indivíduo: ninguém “escolhe” ser homo, hétero ou bissexual (nem travesti ou transexual), apenas se descobre de uma forma ou de outra, inexistindo “opção” a esse respeito. Afinal, como dito, considerando o enorme preconceito existente contra homo e bissexuais, se a questão fosse “escolha”, provavelmente as pessoas LGBT em geral escolheriam, na infância e adolescência (fases em que a

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

sexualidade começa a despertar), a orientação sexual e a identidade de gênero mais fáceis de ser vividas, a saber, a heterossexual cisgênera (pois homo e bissexuais, bem como travestis e transexuais, têm as mesmas dificuldades cotidianas de heterossexuais – em estudos, carreira, família etc, aliadas ao enorme preconceito contra sua orientação sexual, que não é algo desprezível).

Assim, ressalva-se que o direito à liberdade que está sendo afrontado é o direito à **liberdade de consciência**, especificamente a **liberdade de consciência homossexual e bissexual (bem como a de travestis e de mulheres transexuais)**, pela postura transfóbica do Estado brasileiro de, ignorando suas identidades de gênero, considerá-las como “homens” para os fins de doação de sangue). Afinal, **a orientação sexual e a identidade de gênero constituem partes inerentes da vida de qualquer pessoa**: desde pequenos ouvimos que só seremos felizes quando, depois de adultos, encontrarmos nossa “alma gêmea” e tivermos filhos, fatos estes diretamente relacionados à sexualidade da pessoa. O homossexual e o bissexual cisgêneros (bem como travestis, mulheres transexuais e homens trans), assim como o heterossexual cisgênero, querem se relacionar com alguém de forma pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família, e homossexuais só poderão fazê-lo com uma pessoa do mesmo sexo/gênero que o seu, devido à sua sexualidade homoafetiva (possibilidade existente também para bissexuais, travestis e transexuais).

Por outro lado, esta divergência conceitual entre o GADvS e o MPF/PI é irrelevante: da mesma forma que uma pessoa não pode ser arbitrariamente discriminada por uma característica que lhe é inerente, também não pode sê-lo por uma “opção” de vida que não prejudique ninguém (trata-se do célebre direito de liberdade, que permite fazer o que se quiser desde que não se prejudique terceiros, consagrado desde a célebre *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* pós-Revolução Francesa) – e é inequívoco que a homossexualidade e a bissexualidade não prejudicam ninguém, sendo absolutamente inverossímeis e arbitrárias as colocações daqueles que dizem o contrário (usualmente influenciados por dogmas religiosos, que pregam que a sexualidade seria uma questão de “escolha”, “livre arbítrio”, em contradição com o que a ciência médica mundial diz a respeito). O mesmo vale para a travestilidade e a transexualidade. Com efeito, não obstante o fato evidente de que, se escolha fosse (e não é), as pessoas teriam plena liberdade para “escolher” qualquer das citadas orientações sexuais (ou identidades de gênero), já que o direito à liberdade significa o direito de se fazer o que se quiser, desde que não se prejudiquem terceiros (prejuízo inexistente na homo, hetero ou bissexualidade, bem como na travestilidade e na transexualidade).

**4.1. A correta decisão liminar da citada ação civil pública (descabidamente reformada posteriormente, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região).**

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

Na citada ação civil pública n.º 2006.40.00.001761-6, foi proferida **decisão liminar suspendendo a proibição de doação de sangue a Homens que fizeram Sexo com outros Homens nos últimos doze meses**, nos seguintes termos:

Cuida-se de pedido liminar em Ação Civil Pública, promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL/MPF contra a UNIÃO FEDERAL, a AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA/ANVISA e o ESTADO DO PIAUÍ, com base em Representação formulada pelo Grupo Matizes (Processo Administrativo nº 1.27.000.001161/2005-34), objetivando que seja determinado à União Federal e à ANVISA que passe a considerar os homossexuais e bissexuais como legitimados a doar sangue, cessando o caráter discriminatório da Resolução nº 153/2004 (item 3.5.2.7.2-Situações de Risco Acrescido); que edite, no prazo de 30 (trinta) dias, ato administrativo em que reproduza os termos desta decisão e o encaminhe para todos os hemocentros do país; determinação ao Estado do Piauí para que ordene ao Centro de Hematologia do Piauí/HEMOPI a fazer a coleta do sangue dos homossexuais e bissexuais, bem como que seja vedado perguntas, quando do interrogatório, acerca da opção sexual do doador.

Assevera o Parquet Federal que os homossexuais e bissexuais estão sendo discriminados no HEMOPI, pelo fato de que a Resolução nº 153/2004, que regulamenta os procedimentos hemoterápicos, veda àqueles o direito de doar sangue, a pretexto de resguardar a saúde das pessoas que venham a receber transfusão de sangue. **Sustenta que tal Resolução afronta os princípios da dignidade humana, da igualdade e da razoabilidade, assim como o direito à privacidade e intimidade.**

Acrescenta ainda que, segundo as mais recentes estatísticas, não mais se pode falar em 'grupos de risco', bem como que antes da utilização, o sangue é submetido a todos os testes possíveis, não se justificando a verdadeira devassa feita à vida pessoal do candidato a doador. Até porque o homossexual/bissexual, quando da pré-falada entrevista, pode vir a mentir acerca da sua opção sexual, argumento que bem ilustra o equívoco discriminatório da Resolução nº 153/2004.

Com a proemial, os documentos de fls. 21/113.

Às fls. 113, despacho determinando a oitiva dos requeridos, nos termos do art. 2º da lei 8.437/92.

O **Estado do Piauí** se pronunciou às fls. 125/131, alegando a impossibilidade de concessão de tutela antecipada/liminares contra a Fazenda Pública. Aduziu sobre a inexistência dos requisitos para concessão da tutela pretendida, sustentando que a Resolução foi criada compatibilizando-se com os instrumentos harmonizados no âmbito do Mercosul; que a norma visa afastar o risco para os receptores do sangue doado, vez que os teste[s] não são infalíveis; e que o perigo da demora também inexistente, posto que os estoques do banco de sangue não estão reduzidos e que **o deferimento da tutela afastará doadores do HEMOPI por causa do receio de contrair doenças sexualmente transmissíveis, em especial o HIV.** [OBS: argumento claramente preconceituoso]

A **União Federal** também se manifestou (fls. 136/138), sustentando, em síntese, a sua ilegitimidade para figurar no feito, dada a autonomia da ANVISA.

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

Já a **ANVISA**, às fls. 149/156 sustentou que, apesar da medida hostilizada parecer politicamente incorreta, a mesma tem por objetivo tão-só proteger os receptores de transfusão de sangue, sendo que a RDC 153/04 já se encontra em processo de revisão. Porém, **até que evidências fundamentadas em estudos epidemiológicos/tecnológicos comprovem o contrário, o princípio da precaução continuará sendo adotado em prol do interesse coletivo.**

Era o que importava relatar. DECIDO.

De início, devo observar que a matéria posta em análise, em razão de vários motivos, conduz o julgados a uma teia de questões difíceis e complexas. Todavia, não o impede de vislumbrar caminhos que permitam resgatar direitos que insistem ser negados a uma determinada parcela da sociedade em razão de sua orientação sexual.

No caso dos autos, e como me encontro em sede de apreciação de medida antecipatória, poderia recorrer a uma solução fundada em aspectos estatísticos (**segundo dados públicos, a incidência do vírus HIV alcança atualmente mais os grupos heterossexuais do que aqueles declarados homossexuais**) para afastar a discriminação que faz a Resolução-RDC 153, de 14 de junho de 2004, expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Embora tal caminho apresente-me correto, e que seguramente será considerado quando da apreciação definitiva da matéria, entendo que seria uma saída por demais simplista, tendo em conta que existem princípios tão preciosos esculpados em nossa Constituição que me guiam a uma outra alternativa de solução.

Embora venha em apoio à pretensão do MPF, não pretendo, ainda, recorrer a um outro tema que insiste incomodar aqueles que buscam uma discussão séria e madura. Falo da moral religiosa que teima em guiar os destinos de uma nação que, há mais de um século, decidiu abandonar uma doutrina de fé que servisse, digamos, de guia espiritual dos destinos do Estado brasileiro. O afastamento de seus dogmas, que aqui e acolá permeiam as decisões de nossa nação, auxiliaria no encontro de mais uma via que culminasse com a eliminação da regra contida na Resolução 153.

A propósito, ousou pensar, já aqui, que a espiritualidade que deve nortear as religiões não discrimina, iguala; não afasta, une; não rejeita, tolera. Lembro aqui a exortação e o pensamento do indiano Prabhat Rainjan Sarkar, que diz: ‘A espiritualidade não é um ideal utópico, mas uma filosofia prática, que pode ser praticada e realizada no dia a dia. Espiritualidade significa evolução e elevação, não superstição ou pessimismo. Todas as tendências divisoras e filosóficas de clã e de grupo, que criam grilhões de estreiteza mental, não são conectadas com a espiritualidade e devem ser desencorajadas. Somente aquilo que leva à expansão de visão deve ser aceito. Espiritualidade não reconhece nenhuma distinção não natural ou diferenciações feitas entre seres humanos; ela significa universalidade’.

Tantos são os princípios, tantos são os preceitos previstos em nossa Constituição, que causa espécie, nos dias atuais, a existência de regras como a que encontramos no texto da Resolução ora impugnada. O presente momento, como já ressaltai, é de análise perfunctória da matéria. Assim, remeto à bem elaborada peça do parquet Federal, onde, em apoio à tese que carrega, elenca os **arts. 1º incs. II, III e V, 3º incs. I e IV e 4º inc. IV e 5º caput.**

**Todas essas disposições, em seu conjunto, amparam o direito dos cidadãos homossexuais e bissexuais de exercer o direito, como cidadãos, e o dever, como seres humanos solidários e fraternos, de doarem sangue, sem qualquer espécie de discriminação e sem invasão de sua privacidade.** Ressalto que o recurso a tais disposições não é feita de forma unicamente teórica e sem auxílio de estudos técnicos, Neste



instante, **meu convencimento ao lembrar os princípios máximos elencados também leva em consideração os avanços tecnológicos empregados na testagem do sangue daqueles que se dispõem a doá-lo.**

**Portanto, a imposição de questionário que invada a privacidade e a intimidade das pessoas não se mostra razoável nem coerente diante dos preceitos que regulam a formação de nosso Estado. Fere vários dispositivos de nossa Constituição, em especial o art. 1º, inc. III que determina e orienta o Estado brasileiro a respeitar a dignidade da pessoa humana.** Segundo **Perez Luño**, ‘a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo’.

Ao tratar da ética da humanidade, **Francesco Viola** ressalta que ela ‘é igualitária e anti-meritória. Cada homem tem dignidade pelo fato mesmo de ser homem, independentemente de seus méritos ou deméritos’.

Embora a doutrina afirma que a dignidade da pessoa humana apresente-se de conceituação e conhecimento difíceis, alguns caminhos podem ser seguidos para que se verifique ou não a sua violação. Assim, é o caso concreto, como o dos presentes autos, que norteará o caminho do julgador. Sigo a lição de **Ingo Wolfgang Sarlet**, quando diz: ‘Com base em tudo que até agora foi exposto, verifica-se que reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, seu âmbito de proteção, não parece ser possível, a não ser mediante a devida análise do caso concreto. Como ponto de partida, vale citar a **fórmula** desenvolvida na Alemanha por **G. Durig**, para quem **a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada violada sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa**, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos’.

**Se no passado a seleção de pessoas aptas a doarem sangue em virtude de sua orientação sexual encontrava razão de ser, hoje esta proibição cede espaço diante dos dados estatísticos e avanços tecnológicos alcançados. Assim, devo advertir que a prevalência que ora está-se dando ao princípio da dignidade da pessoa humana tem em conta uma situação concreta**, e tendo em relevo vários aspectos que foram ponderados para assim decidir-se pela possibilidade de exclusão de critérios discriminatórios quando da doação de sangue por parte de homossexuais e bissexuais.

Como já ventilado, outros princípios regem a matéria. Contudo, as razões antes invocadas permitem-se vislumbrar, neste instante da cognição, a existência do bom direito em favor do MPF.

Por seu turno, o *periculum in mora* reside não só na **necessidade do afastamento da discriminação diária que se faz às pessoas que por sua orientação sexual buscam o direito de doarem sangue**, mas também em face de que a necessidade de sangue não escolhe dia nem hora (exceto nos longos feriados, como carnaval, semana santa, festas de fim de ano, entre outras datas previstas) para ocorrer.

Em face do exposto, **reconheço o caráter discriminatório contido na Resolução 153/2004 da ANVISA, considerando, portanto, os homossexuais/bissexuais legitimados a doar sangue**. Assim, determino à ANVISA que oriente, no prazo de 30 (trinta) dias, todos os hemocentros do país que, na entrevista feita antes do processo de doação de sangue, se abstenham de fazer perguntas que visem identificar a orientação sexual do

**GADvS**  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

doador, em especial aquela inserta no item 3.5.2.7.2 – *Situações de Risco Acrescido*, contido na Resolução nº 153/2004, sob pena de multa diária (art. 461, §4º, CPC), aplicável inclusive em caráter pessoal, que fica arbitrada em R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia em caso de descumprimento.

Intimem-se para cumprimento.  
Ciência ao MPF.  
Citam-se os requeridos.

Teresina, 26 de julho de 2006.

MÁRCIO BRAGA MAGALHÃES  
Juiz Federal da 2ª Vara/PI (**grifos nossos**)

Precisa a decisão, que pautada em dados estatísticos notórios (a notória estabilização da contaminação de HIV na população homossexual e o aumento da contaminação na população heterossexual, de sorte a comprovar que não há *grupos de risco* neste tema, mas apenas *prática sexual de risco*, a saber, sexo inseguro, entendido aquele sem preservativo) e no destaque da **instrumentalização da pessoa humana homossexual e bissexual pela proibição de homens homossexuais sexualmente ativos** doarem sangue mesmo se praticarem sexo seguro (com preservativo), o que afirma que a única sexualidade tida como digna seria a sexualidade heterossexual.

Mas, em que pese a correção da decisão, a ANVISA interpôs recurso de agravo de instrumento, o qual lamentavelmente teve o pedido de efeito suspensivo deferido (com inacreditáveis premissas de suposta usurpação de competência do STF e, ainda, pelo fato da norma em questão estar em vigor há anos, como se antijuridicidade fosse algo passível de convalidação...) e o qual nefastamente teve a si dado provimento, com uma argumentação pautada por inegáveis erros conceituais no voto da Desembargadora Federal Maria Isabel Galloti Rodrigues, nos seguintes termos:

Por fim, cumpre ressaltar que, ao contrário do que pretende fazer crer o Agravado para sustentar o caráter discriminatório da Resolução 153/2004, ela não impede a doação de sangue por todos os homossexuais, mas apenas pelos ‘homens que tiveram relações sexuais com outros homens’ no último ano, não fazendo restrição alguma aos homossexuais femininos, além de enumerar outras situações que também impedem a doação de sangue por pessoas que tenham sido expostas a diversas situações que as incluem no grupo de ‘risco acrescido’, conforme pesquisas internacionalmente aceitas.

O objetivo da Resolução 153/2004 da ANVISA não é afirmar ou negar preconceitos, mas, com base em critérios técnicos que não foram infirmados pelo Agravado, buscar os meios mais eficazes de proteger a saúde pública.

Em face do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, para revogar a decisão recorrida. (*grifo nosso*)

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

Respeitado o inegável saber jurídico da desembargadora-relatora e dos desembargadores que acompanharam o seu voto, o entendimento por eles esposado é inequivocamente equivocado, não devendo prosperar. Isso porque, conforme amplamente demonstrado ao longo desta peça, **não é o sexo da pessoa com quem se tem relação sexual que traz risco de contaminação por DSTs, mas o fato do sexo ter sido seguro (com preservativo) ou inseguro (sem preservativo), e isso foi afirmado pelo Ministério Público na contraminuta de agravo de instrumento** (logo, o argumento do referido acórdão foi efetivamente *infirmado*, ao contrário do equivocadamente afirmado na referida decisão).

Ora, se um homem mantiver relações sexuais com outros homens com preservativo (sexo seguro), ele não será contaminado pelo HIV ou qualquer outra DST – *isso é fato notório e, como tal, não precisa ser comprovado* (art. 374, inc. I, do CPC/2015).

**E veja-se que tal decisão classificou HSH como “grupo de risco”, abandonando o conceito científico contemporâneo de “prática de risco”... daí o enorme preconceito da referida decisão...** (preconceito não intencional, não se duvida, mas, inequivocamente, preconceito, por se insistir no **estigmatizante** conceito de *grupos de risco* ao invés do conceito de *práticas de risco*...)

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região aplicou, com tal decisão, **dois pesos e duas medidas para a mesma situação**: considerou que *Homens que façam Sexo com outros Homens* mesmo com preservativo fariam parte de uma “*situação de risco acrescido*” (sic), ao passo que *Homens que façam Sexo com Mulheres* com preservativo, exatamente na mesma situação daqueles, não estariam... Ou seja, tratou os iguais desigualmente e de forma arbitrária, sem lógica e racionalidade, em violenta afronta ao princípio da igualdade.

Lembre-se, ainda, que o **subprincípio da necessidade do princípio da proporcionalidade** exige que o meio empregado seja o menos gravoso para se atingir o fim pretendido – contudo, há um meio menos gravoso, a saber, um questionário que pergunte se a pessoa teve prática sexual sem preservativo nos últimos doze meses, independente do sexo da outra pessoa, ou, pelo critério atual, se a prática sexual se deu com parceiro ocasional/desconhecido ou não. Ora, **se o Estado brasileiro parte do pressuposto que um Homem que faz Sexo com outro Homem vá dizer a verdade na resposta de seu questionário quando indagado sobre ter praticado ato sexual com outro homem nos últimos doze meses, então não tem porque duvidar que ele irá dizer a verdade quando perguntado se praticou sexo sem preservativo nos últimos doze meses...** (afinal, a primeira pergunta é muito mais delicada e íntima do que esta segunda pergunta, devido aos fortes preconceitos sociais ainda existentes contra a homoafetividade relativamente à heteroafetividade).

**5. DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA (caso T-248/12), que declarou a inconstitucionalidade de discriminação idêntica à combatida pela presente ação.**

Analisemos os principais fundamentos da **paradigmática decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia<sup>19</sup>, que em 2012 declarou a inconstitucionalidade de legislação que proibia a doação de sangue por homens homossexuais, equiparando-os aprioristicamente a pessoas sexualmente “promíscuas” (sic)** (como claramente faz o Estado brasileiro, neste caso – e, sobre o tema, esclareça-se algo importante. Não se está aqui corroborando qualquer condenação moral ou, principalmente, jurídica a pessoas que tenham vários parceiros sexuais. A questão é que o critério atual do Estado brasileiro é proibir a doação de sangue por pessoas que tenham tido parceiros sexuais ocasionais ou desconhecidos, pelo menos para *Homens que fazem Sexo com Mulheres...*). Logo, o que se quer dizer é que constitui puro preconceito considerar homens homossexuais ou bissexuais cisgêneros (ou ainda travestis e mulheres transexuais) como pessoas supostamente “mais promíscuas” (sic) que homens heterossexuais cisgêneros. Com isso em mente, passemos à análise de dita decisão).

Referida decisão analisou o *Decreto colombiano 1571 de 1993*, que determina que um banco de sangue é “*todo estabelecimento ou local (dependência) com licença sanitária de funcionamento para realizar atividades relacionadas com a obtenção, processamento e armazenamento de sangue humana ou de seus componentes separados, de aferase (aféresis) e a outros procedimentos preventivos, terapêuticos e de investigação. Tem como um de seus propósitos assegurar a qualidade do sangue e seus derivados*”. Afirmou que **bancos de sangue** são instituições que tem responsabilidade para com a saúde pública, pois atuam com filtro para evitar que, pela extração e doação de sangue, se disseminem doenças infecciosas. Além disso, têm a obrigação de garantir que o sangue e seus hemocomponentes atendam a um máximo de qualidade adequada para as instituições prestadoras de saúde que precisam administrar sangue para salvaguardar, principalmente, os direitos à saúde e à vida daqueles que estão sob seus cuidados. A decisão afirmou, ainda, que *Código Sanitário Nacional* (Lei 9A, de 1979) trouxe normatização, aplicável a todos os estabelecimentos ou locais dedicados à extração, processamento, conservação e transporte de sangue, define o que são bancos de sangue (entre outros assuntos) e determina dos princípios e diretrizes relativos à obtenção e conservação de sangue humano. Afirmou a decisão que o **Decreto que regulamenta a lei** ordena que em todo o procedimento de transfusão de sangue total ou qualquer componente, é obrigatório realizar, com antecedência, as provas de compatibilidade correspondentes definidas no Manual de Normas Técnicas e Procedimentos,

---

<sup>19</sup> **Íntegra disponível em** <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm> (acesso em 10.06.2016).

expedido pelo Ministério da Saúde. Há exceções, mas, como regra geral, se pode **concluir que: i) a doação de sangue e uma decisão voluntária e individual, que se sustenta no dever de solidariedade social; ii) em circunstâncias de normalidade, os bancos de sangue têm a obrigação de realizar testes de HIV no sangue doado, em todos os casos, ou seja, a informação registrada está sujeita à vigilância pela unidade; iii) como critério para proteger o receptor, as pessoas que tem relações sexuais promíscuas ou os homens homossexuais são sujeitos considerados como de “risco potencial” (sic)**, já que se considera que estão expostos a riscos de infecção transmissível pelo sangue, fator que contraindica a doação oferecida e iv) a classificação como doador de risco gera, para o profissional médico responsável por valorar a entrevista, o dever de excluir o doador ou verificar seu risco com as provas científicas pertinentes e realizar os procedimentos necessários para a proteção da saúde pública.

Vejam os trechos da ementa da decisão:

- **Origem da proibição de doação de sangue por parte de homens homossexuais**: tem por base em um critério que tem sua origem em um **marco histórico** específicos, que tem sido reavaliado em diferentes legislações, com base em informações científicas mais atualizadas sobre as causas do HIV. **Estudos científicos têm demonstrado que uma das formas de transmissão da enfermidade são práticas sexuais inseguras e não a orientação sexual das pessoas em si. A restrição de doação de sangue aos homens homossexuais constitui uma medida que não é eficaz para conseguir identificar os doadores que configuram um risco**, já que está dirigida a uma qualidade pessoal da identidade do doador, que por si não identifica risco algum, e não a comportamentos sexuais arriscados – que são os que efetivamente expõem a um risco de transmissão do HIV.

- **Direito à igualdade e princípio da não-discriminação: proibição do tratamento discriminatório baseado no critério de orientação sexual**. O direito à igualdade e não-discriminação é um dos princípios fundamentais do Estado Social de Direito e uma das garantias de proteção aos grupos tradicionalmente discriminados e marginalizados na sociedade. Em razão desse princípio, **as autoridades estatais têm o dever de se abster de incentivar ou realizar tratamentos discriminatórios, por um lado e, por outro, o dever de intervir – o Estado deve tomar as medidas necessárias para superar as condições de desigualdade material que os grupos discriminados enfrentam**. No mesmo sentido, as autoridades estatais têm o **dever especial de proteção**, que implica na obrigação de **salvaguardar os grupos minoritários ou tradicionalmente discriminados, de ações ou práticas de terceiros que estimulem, mantenham ou favoreçam situações discriminatórias**. A Corte estabeleceu que, em se tratando de medidas que mantêm o tratamento diferenciado com base na orientação sexual das pessoas, estas devem ser estudadas sob o juízo de proporcionalidade estrito, pois se trata de uma categoria suspeita.

- **Direito à não discriminação em razão de orientação sexual diversa: a escolha de uma orientação sexual diversa faz parte da identidade que cada pessoa deseja dar ao desenrolar de sua existência, constituindo-se uma qualidade inerente à vida, que se funda em traços permanentes da personalidade dos quais não se pode prescindir por vontade própria.** A Corte Constitucional tem aplicado o **teste de proporcionalidade estrito** a casos onde há um ***tratamento diferenciado com base na orientação sexual das pessoas***. Este é um assunto que se insere no **âmbito da autonomia individual** e que lhe permite adotar, sem coações, os **projetos de vida** que considera pertinentes, sempre que não se ofenda o ordenamento jurídico e os direitos das outras pessoas. Neste sentido, **todo tratamento desigual que se baseia na opção sexual, em princípio, é constitucionalmente proibido, e conseqüentemente, toda distinção baseada nessa condição constitui uma categoria suspeita que implica a aplicação do teste de proporcionalidade em seu grau de escrutínio mais estrito.**

- **Orientação sexual e atividade sexual: uma coisa é a orientação sexual e outra coisa é a maneira como se realiza ou se desenvolve a atividade sexual de uma pessoa. Por isso, entre os fatores de risco que devem ser considerados no momento da qualificação de um doador de sangue, não se deve mencionar a orientação sexual, mas sim os comportamentos sexuais de risco,** como, por exemplo, relações sexuais sem nenhum tipo de proteção ou com pessoas desconhecidas, a promiscuidade, não manter uma relação estável, etc. **A jurisprudência da Corte tem dito que a orientação sexual é um critério suspeito e os tratamentos baseados neste critério se presumem inconstitucionais** e, por isso, devem ser submetidos a um juízo estrito de proporcionalidade, segundo o qual se deve verificar se a medida ou critério que discrimina o ato de doar sangue por sua orientação sexual: a. pretende alcançar um objetivo constitucionalmente imperioso; b. é necessário para atender a este objetivo e c. é proporcional em sentido estrito, ou seja, se seus benefícios são maiores que seus sacrifícios ou custos em termos de ofensa (afectacion) de direitos fundamentais.

- **Direito à não-discriminação por motivo de orientação sexual diversa: violação, por parte do laboratório, ao recusar como doador pessoa homossexual baseada em sua orientação sexual. A orientação sexual do doador, em si mesma, não é um fator de risco nestes termos, uma vez que a opção sexual que uma pessoa escolhe não conduz, necessariamente, ao exercício de uma atividade sexual de risco. O critério estabelecido tem origem em um marco histórico que foi reavaliado, por estar baseado no desconhecimento das causas de transmissão do HIV. Na atualidade, está claro que a transmissão do vírus não depende da orientação sexual,** mas sim de vários fatores que devem ser esclarecidos no momento da seleção do doador, concretamente, como a proteção que tenha ou não utilizado nas relações sexuais. **O critério aplicado ao demandante não é adequado nem necessário, pois existem outros critérios e medidas que podem ser adotadas pelos profissionais de saúde**

**e que são mais eficazes para detectar os riscos do HIV, porque analisam diretamente a conduta de risco e, além disso, não afetam o direito à igualdade e não-discriminação e permitem desestimular preconceitos e estigmas sociais contra a população LGBT.**

- **Bancos de sangue:** a informação trazida pelo doador no questionário e na entrevista deve ser **sobre práticas sexuais de risco e não sobre a orientação sexual do possível doador.**

- **Direito à igualdade e ao livre desenvolvimento da personalidade:** determinação ao laboratório para que faça o questionário e a entrevista novamente, a fim de identificar fatores de risco para a doação de sangue, **sem considerar a orientação sexual do doador.**

- **Ministério da saúde e proteção social:** designar critérios de seleção ou exclusão de doadores de sangue que levem a identificar graus altos ou baixos de risco segundo as condutas sexuais e não somente a orientação sexual. (*grifos nossos*)

Como se vê, as *ratione decidendi* do Tribunal Constitucional da Colômbia são absolutamente compatíveis com as teses defendidas no presente *amicus curiae*. Logo, referida decisão paradigmática deverá ser levada em consideração por esta Suprema Corte no julgamento da presente ação.

### **5.1. Explicação do inteiro teor da referida decisão da Corte Constitucional da Colômbia. A proibição da adoção de estereótipos discriminatórios para “justificar” discriminações jurídicas, feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso *Atalla y Niñas vs. Chile – 2012*).**

Pede-se *venia* para se explicar aqui toda a rota argumentativa da referida decisão da Corte Constitucional da Colômbia<sup>20</sup>, por se considera-la absolutamente relevante e necessária para a correta compreensão do tema por esta Suprema Corte. *Os trechos constituem explicações praticamente literais (logo, nos mesmos termos) da decisão, não obstante alguns trechos pontuais tenham sido transcritos literalmente, entre aspas (tudo mediante tradução livre).*

### **Fundamentação da Decisão**

Os itens 2.1 e 2.2 falam da competência da corte e da oportunidade do julgamento, além de definir o problema jurídico a ser analisado. No item 2.3, a decisão explica porque a ação de tutela contra particulares que prestam serviços públicos deve ser conhecida (no caso, o laboratório que faria a coleta de sangue - e que recusou o doador em razão de sua homossexualidade -

---

<sup>20</sup> Fica aqui o profundo agradecimento à Dra. Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues, também integrante do GADvS, pelo auxílio na localização e análise da referida decisão.

era particular). “A atividade exercida por bancos de sangue é de interesse público e, nesta medida, se trata de um trabalho que é estritamente regulamentada pelo Estado, já que implica questões tão relevantes como a preservação da saúde e da salubridade pública”. Menciona o Decreto 1571 de 1993, que regulamenta o Título IX da Lei 09, de 1979, em relação ao funcionamento de estabelecimentos dedicados à extração, processamento, conservação e transporte de sangue total ou de seus hemoderivados, dentre outras disposições. O art. 28 deste decreto dispõe sobre os requisitos e condições e, na alínea m, faz referência a outros requisitos que estejam previstos no Manual de Normas Técnicas expedido pelo Ministério da Saúde. Assim, o Ministério da Saúde emitiu um Manual (Resolução 901 de 1996), cujas normas são de aplicação e observância obrigatória para todos os estabelecimentos que prestam o serviço de banco de sangue dentro de seus serviços de saúde, em qualquer nível de atenção ou grau de complexidade. No item 3.2.2 do Manual, onde estão dispostos os requisitos para proteger o receptor, está previsto que, em relação à infecção por HIV, está indicado, dentre outros critérios, as “relações homossexuais masculinas nos últimos 15 anos” e “relações sexuais com as pessoas incluídas nos itens anteriores ou com trabalhadores sexuais”. **A homossexualidade também é indicada como critério de autoexclusão e de risco nos casos de urgência e emergência, como está previsto no item 9.1.8:** “durante as emergências, os bancos de sangue e serviços e serviços de transfusão efetuarão os seguintes ajustes nas normas usuais para o uso terapêutico de sangue: “Avaliação dos doadores: são utilizados como critérios de exclusão a idade, o peso, a hepatite, a malária e outros fatores de risco, como a promiscuidade sexual, toxomania, homossexualidade”.

*“Assim, de todo o marco normativo exposto sobre bancos de sangue e a atividade que desempenham dentro do sistema de saúde, se pode concluir o seguinte: i. a doação de sangue é uma decisão voluntária e individual, que se sustenta no dever de solidariedade social; ii) em circunstâncias de normalidade, os bancos de sangue têm a obrigação de realizar testes de HIV no sangue doado em todos os casos, isto é, a informação registrada no questionário do doador está sujeita à vigilância por parte da unidade; iii) como critério para proteger o receptor, as pessoas que tem relações sexuais e promíscuas ou **os homens homossexuais são sujeitos considerados como “de risco potencial”**, já que se considera que estão expostos a riscos de infecções transmitidas por sangue, fator que contraindica a doação oferecida; e iv) a classificação como doador de risco gera, para o profissional médico responsável por avaliar as entrevistas e questionários, entre outros, o dever de excluir o doador ou verificar seu risco com as provas científicas pertinentes e realizar os procedimentos necessários para a proteção da saúde pública”.*

**No item 2.5, a origem da proibição da doação de sangue por parte de homens homossexuais é avaliada em seu contexto histórico.** Neste item da decisão, há um parágrafo que diz: **“Visto que os primeiros casos ocorreram com homens homossexuais (AIDS), se deduziu inicialmente que a epidemia era seletiva e afetava quase que de maneira exclusiva este grupo**



*de população. Em resposta a esta situação, vários países incluíram em seus ordenamentos a proibição – definitiva ou temporária – de que os homens homossexuais fossem doadores de sangue, em razão da crença sobre o risco potencial de HIV eu teriam essas pessoas.* Por exemplo, países como Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Suíça, dentre outros, proíbem definitivamente que homens que tenham tido sexo com outros homens desde 1977 possam doar sangue; outros, como Argentina, Austrália, Brasil, Suécia e Grã-Bretanha vedam a doação para os homens que tiveram sexo com outros homens nos últimos 12 meses e outros, como Espanha, Itália e Polônia, não mencionam as relações sexuais entre homens como critério de seleção para os doadores”. **Não obstante, continua a decisão, com o avanço dos estudos, notou-se, posteriormente, que a imunodeficiência também se apresenta em outros grupos de pessoas, como heterossexuais usuários de drogas intravenosas, heterossexuais não adictos que tiveram relações sexuais sem proteção e aqueles que haviam recebido transfusões de sangue recentemente, o que desvirtuou o mito que que o HIV/AIDS era uma doença exclusiva dos homossexuais. Neste sentido, por ser esta medida discriminatória, por fortalecer o estigma contra a população homossexual e porque não é a orientação sexual em si um fator de risco de infecção, várias organizações têm solicitado a mudança destas medidas, em diversos países.** Menciona o caso da Argentina, que está debatendo um projeto de lei para reavaliar o critério de orientação sexual para a seleção de doadores. Lá, o Instituto Nacional contra a Discriminação, Xenofobia e Racismo (vinculado ao Ministério da Justiça, Seguridade e Direitos Humanos) estabeleceu que a restrição de doar sangue discrimina a população homossexual e, nesta medida, as situações de risco devem fazer referência às práticas sexuais do possível doador, sem levar em conta a orientação sexual do indivíduo.

**“Concluindo, o critério da homossexualidade em homens para recusar a doação de sangue é um critério que tem origem em um marco histórico específico e que foi reavaliado em diferentes legislações com base em informação científica mais atual sobre as causas do HIV. Com efeito, estudos tem demonstrado que uma das formas de transmissão da enfermidade são as práticas sexuais inseguras, e não a orientação sexual das pessoas em si. A restrição de doar sangue imposta aos homens homossexuais é uma medida que não é eficaz para identificar os doadores que configuram um risco, já que se dirige não aos comportamentos sexuais de risco (que são os que realmente expõem a uma transmissão de HIV), mas a uma qualidade íntima da identidade do doador, que per se não identifica risco algum”.**

Item 2.6 – princípio da igualdade e não-discriminação. Afirma a Corte que o **direito à igualdade e não-discriminação** é um dos princípios vetores dentro do **Estado Social de Direito** e uma das garantias de proteção dos grupos tradicionalmente discriminados e marginalizados na sociedade. Em

virtude desse princípio, às autoridades estatais se impõe o dever de abster-se de incentivar ou realizar tratamentos discriminatórios, por um lado e, por outro, o dever de intervir, e cabe ao Estado tomar as medidas necessárias para superar as condições de desigualdade material que enfrentam os grupos populacionais discriminados. No mesmo sentido, sobre as autoridades especiais se encontra o dever especial de proteção, que implica na obrigação de salvaguardar os grupos minoritários – ou tradicionalmente discriminados – de atuações ou práticas de terceiros que mantenham ou favoreçam situações de discriminação. Assim, afirma que, sendo a Colômbia parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é possível trazer à colação o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu em relação ao princípio da igualdade e não-discriminação. A Corte declarou que este princípio deve ser considerado como parte do *jus cogens* internacional, já que sobre ele descansa toda a estrutura jurídica da ordem pública e é um princípio fundamental sobre o qual se baseia todo o ordenamento de um Estado democrático. Também menciona que hoje não pode ser tolerada ações ou decisões que se oponham a esse princípio; assim, **não se admitem ações discriminatórias contra qualquer pessoa** em razão de sexo, raça, cor, língua, religião ou crença, convicção, opinião política ou outra, de origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, propriedade, estado civil, nascimento ou outra condição. No cumprimento desta obrigação, os Estados devem: a) abster-se de ações que são dirigidas por qualquer forma, direta ou indiretamente, para criar situações de discriminação *de jure ou de facto*; b) tomar medidas positivas para reverter ou alterar situações discriminatórias que existem em suas sociedades, em detrimento de um grupo específico de pessoas, e; c) estabelecer distinções objetivas e razoáveis, quando estas são feitas com o devido respeito pelos direitos humanos e de acordo com o princípio da aplicação da regra que melhor protege a pessoa humana. Na verdade, **quando se pretende implementar uma norma de diferenciação de indivíduos ou um grupo de pessoas, a distinção deve ser razoável, o que significa que deve i) ter uma base, ou seja, ser justificada; e ii) deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, de modo que não acabe atingindo outros direitos fundamentais.**

A **jurisprudência da Corte Constitucional**, para determinar se um tratamento, ação ou medida é ou não discriminatória, tem aplicado o **critério da proporcionalidade**. De acordo com este método de rastreamento, o juiz ou o operador jurídico deve considerar se a medida "(i) é apropriada, tendo em vista a obtenção de uma finalidade constitucionalmente válida; (ii) se necessário, tanto no sentido de não haver outra forma de obter o mesmo resultado com menos sacrifício de princípios constitucionais e quanto em relação à capacidade de atingir o objetivo pretendido. Finalmente, o juiz conduz (iii) um exame da proporcionalidade em sentido estrito, que determina se o tratamento diferenciado não sacrifica valores constitucionais mais importantes que os que serão protegidos com a medida em questão. A Corte também considerou adequado

introduzir diferentes graus de rigor no exame, de acordo com a disposição jurídica ou administrativa que se analisa em cada caso concreto. Para isso, foram estabelecidos três graus de rigor:

*“Com referência particular à lei, tem-se que (i) como regra geral, se aplica um controle mais fraco/flexível, que se limita a determinar se a medida adotada pelo legislador é potencialmente adequada ou apropriada para atingir um propósito que não é proibido pela Constituição; (ii) um juízo intermediário, que se aplica a situações em que a autoridade tenha adotado medidas de diferenciação positiva (ação afirmativa); nesta análise, o exame consiste em determinar se o sacrifício de parte da população será proporcional à extensão do benefício esperado em relação ao grupo que se pretende promover; (iii) por fim, uma **análise mais rigorosa é realizada quando o legislador estabelece um tratamento discriminatório de certas categorias, tais como raça, orientação sexual ou filiação política**. Neste caso, o legislador deve buscar um objetivo imperioso, e a medida em questão deve ser mostrada como a única adequada para alcançá-lo”.*

Com base nestas diferenciações, **a Corte estabeleceu que medidas que imponham tratamento discriminatório com base na orientação sexual devem ser estudadas sob a estrita proporcionalidade.**

*“O princípio da não discriminação, por sua vez, associado com o perfil negativo de igualdade, percebe certos critérios que devem ser irrelevantes para distinguir situações para fornecer tratamentos diferentes. (...) estes motivos ou critérios do Constituição estabelecido, mas não de forma exaustiva, referem-se as **categorias que são consideradas suspeitas**, porque seu uso tem sido historicamente associado a práticas que tendem a diminuir o valor e a colocar em situações de desvantagem certos indivíduos ou grupos, como mulheres, negros, homossexuais, indígenas, dentre outros”.*

Este **caráter suspeito**, que a jurisprudência tem reiterado, representa *“categorias (i) que se baseiam em características permanentes de pessoas, das quais eles não podem se desfazer por vontade própria, sob o risco de perder a sua identidade; (ii) que foram submetidas, historicamente, a padrões de valor cultural que tendem a menosprezá-las; e (iii) não constituem, por si só, critérios com base nos quais seja possível efetuar uma distribuição ou repartição racional e equitativa dos bens, direitos ou encargos sociais”.*

A escolha de uma orientação sexual diversa é parte da identidade que cada pessoa deseja dar ao desenvolvimento da sua existência, tornando-se uma qualidade inerente à sua vida, e, nesse sentido, essa categoria é baseada em características permanentes da pessoa das quais não se pode prescindir por vontade própria.

2.6.8. **A Corte Constitucional informa que tem aplicado o teste de proporcionalidade estrito a casos onde há um tratamento diferenciado com base na orientação sexual de pessoas** [momento no qual faz referência a sentenças anteriores nesse sentido], relativamente a problemas com a polícia, centros penitenciários, revistas abusivas em presídios, uniões estáveis, etc [há uma decisão emblemática, sobre uma mulher “de orientação sexual distinta”, a quem se exigia o uso de saia, onde se entendeu que isso violava o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade – sentença T-492 de 2011: “o direito ao livre desenvolvimento da personalidade está direcionado a que se respeitem as decisões que adote uma pessoa sobre si mesma, inerentes à determinação autônoma de seu modo de vida, sempre que não afete direitos alheios nem a ordem jurídica. Recorde-se que os regulamentos e ordenamentos devem estar de acordo, em seu conteúdo, com os valores, princípios e direitos consagrados na constituição e não se pode desprezar o livre desenvolvimento da personalidade sem uma base constitucional que necessária e proporcionalmente justifique a limitação”].

2.6.9. Segundo a Corte, os casos citados demonstram que **a orientação sexual de um indivíduo constitui um assunto que se insere no âmbito da autonomia individual e que lhe permite adotar, sem coações alheias, os projetos de vida que considere pertinentes, sempre e quando, com eles, não viole a ordem jurídica e os direitos alheios**. Neste sentido, todo tratamento desigual que se baseie em motivos de orientação sexual estão, a princípio, proibidos e, assim, **toda distinção baseada nesta condição constitui uma categoria suspeita que implica aplicar o teste de proporcionalidade em seu grau de escrutínio mais estrito**.

Com base nesta jurisprudência, a corte passa a analisar o caso concreto.

## 2.7. **Caso concreto.**

A decisão explica os fatos (o sr. Julián já havia doado sangue outras vezes e, neste caso específico, quando estava preenchendo o questionário, foi perguntado se tinha tido relações sexuais com outros homens e se era homossexual. Ele respondeu afirmativamente e foi descartado como doador. Ele processou o laboratório argumentando a violação de seus direitos fundamentais à igualdade e não-discriminação, ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade), analisa a legitimação ativa e passiva e as decisões nas instâncias inferiores. Avalia, também, a aplicação do princípio da “inmediatez” (imediação), da subsidiariedade (não pode haver outro meio de defesa) e passa à análise da violação alegada.

Com base nas alegações do autor, anotou a Corte que se **nota que as duas perguntas (se havia mantido relações sexuais com homens e se era homossexual) foram suficientes para que o autor fosse classificado como sujeito de risco, sem que se lhe indagasse sobre suas práticas sexuais, ou seja, se havia tido relações sexuais com ou sem proteção, se tinha relações sexuais promíscuas ou com um relacionamento estável, há quanto tempo as relações sexuais em condições de risco haviam ocorrido (se fosse o caso) e todas as outras informações hábeis a demonstrar que havia, de fato, uma situação de risco para a transmissão do HIV.** Por outro lado, o laboratório justificou a exclusão diretamente na orientação sexual, **presumindo que apenas o fato de um homem ter tido relações sexuais com outro homem e ser homossexual traz como consequência o seu enquadramento como sujeito de risco para a transmissão do HIV.**

No caso concreto, “a Sala” [da Corte Constitucional Colombiana] considera que **a atuação do laboratório, ao recusar o autor por sua orientação sexual, não supera o escrutínio estrito (do princípio da igualdade) por estas razões:**

Quanto ao **objetivo constitucionalmente imperioso**, relata a Corte que o Laboratório alega que a recusa da doação do sr. Julián se deu para proteger a população beneficiária de uma doença infecciosa grave, como é o HIV. Isso se faz em razão de um fim e um dever constitucional, nos termos dos artigos 2, 49 e 366 da Constituição, imposta ao Estado para **garantir o direito à saúde pública dos seus habitantes. Este objetivo parece ser um objetivo constitucionalmente imperativo**, uma vez que é para proteger a população em geral de uma doença mortal, que se não for controlada entidades de saúde responsáveis, pode gerar problemas de saúde para o estado, e como resultado, uma calamidade que geram custos elevados para o sistema de saúde. **No entanto, as perguntas feitas pelo Laboratório apoiado no critério da orientação sexual não são adequadas nem indispensáveis para alcançar o objetivo mencionado.**

A “Sala” observa que, se o objetivo é proteger o destinatário do sangue de uma doença infecciosa que é transmitida na maioria dos casos por transmissão sexual, **as MEDIDAS ADEQUADAS para atingir este fim são aquelas que conseguem identificar os doadores que são propensos a adquirir o vírus da imunodeficiência humana, em razão da prática de atividades sexuais de risco.** Em outras palavras, a exclusão feita pelo laboratório não poderia ser baseada na orientação sexual do autor, mas apenas na verificação de fatores de risco no seu comportamento sexual, ou seja, a identificação de práticas sexuais inseguras.

Com efeito, como tem sido demonstrado ao longo da história, apesar de sua detecção em homossexuais princípio, **o HIV pode ser transmitido através de relações sexuais também entre heterossexuais, porque o fator de risco não é a orientação sexual a pessoa, mas as práticas sexuais de risco exercidas durante toda a sua vida.** Na verdade, **uma pessoa que se identifica como homossexual, e, portanto, tem relações sexuais com pessoas do mesmo sexo, pode não ser necessariamente um sujeito de risco potencial de HIV, uma vez que eles podem ter um parceiro permanente com quem ter relações sexuais protegido ou pode simplesmente não ter um parceiro, mas ter tido relações sexuais "seguras" (por exemplo, com conhecidos, com preservativos, etc.).**

Além disso, afirma a Corte que **o critério é desnecessário, já que os bancos de sangue têm a obrigação de realizar o teste de HIV todo o sangue recebido de doadores em geral, e, com essa medida, podem controlar, não só com base nas respostas fornecidas no questionário preenchido pelo doador, mas através de meios científicos seguros que fornecem informações concretas sobre a qualidade do sangue.** Assim, esta medida pode ser substituída por outras menos lesivas. Neste ponto, “a Sala” considera necessário esclarecer que, **embora seja verdade que o questionário é a primeira referência para demonstrar o risco de um doador, tal como expresso pelo réu precisamente para proteger a saúde pública, ele não pode ser a única informação a ser considerada, e menos ainda se os bancos de sangue se orientam por critérios inadequados, como a orientação sexual.**

De fato, entende a Corte que **a identificação do potencial risco para o HIV deve se materializar no comportamento sexual de risco (leia-se, o sexo sem preservativo ou de proteção, relações sexuais com profissionais do sexo ou em condições desconhecidas, etc.) e não na orientação sexual *per se*, ou o simples fato de ter relações sexuais com pessoas do mesmo sexo, porque esses dois fatores não indicam faticamente o risco e, ao torna-lo presumido, implicam em um tratamento discriminatório.** Assim, o critério utilizado determina um padrão duplo, pois, para a população heterossexual, os comportamentos de risco são examinados e, para a população homossexual, todo o grupo é descartado sem que seus comportamentos de risco sejam analisados. Tais considerações mostram que **os critérios aplicados ao autor não são apropriados nem necessários**, porque há outros critérios e medidas que podem ser tomadas pelos profissionais de saúde que são mais eficazes na detecção de riscos do HIV e que não violam o direito à igualdade e à não discriminação, bem como desencorajam o preconceito e o estigma social contra a população LGBTI.

De qualquer forma, argumenta a Corte que, se, *ad argumentandum tantum*, se aceita que o comportamento do Laboratório é uma

medida necessária para alcançar o objetivo protegido [e não é], não obstante, nota-se que esta é uma **medida que não é proporcional em sentido estrito**. Com efeito, afirma a Corte que **o fato é que o Laboratório presumiu que o autor pratica sexo inseguro, e, portanto, que poderia ser HIV positivo, apenas com base em sua orientação sexual. Isso tem como consequência, em primeiro lugar, o reforço do estigma social e discriminatório contra os homossexuais, pois perpetua o estereótipo de que todos os homens gays têm comportamento sexual de risco e, em segundo lugar, tem como consequência o sacrifício de um grande número de potenciais doadores que vêm para o sistema de saúde com um propósito altruísta ou simplesmente do dever de solidariedade social, que é um dever constitucional (artigo n.º 95 2), como é o caso do autor.**

Em outras palavras, a ação do Laboratório de recusar o autor como um doador, **não é proporcional em relação ao objetivo visado**, uma vez que a ***lesão aos direitos e o sacrifício que se faz são muito maiores que os benefícios recebidos***. Ou seja, envolve um sacrifício do direito à igualdade de Julian, e da população com a mesma orientação sexual, bem como o **princípio da solidariedade**, que não é consistente com os benefícios em termos do direito à saúde que podem ser alcançados.

**A Corte rechaça qualquer tratamento discriminatório baseado em preconceitos sociais e históricos que consideram a orientação sexual diversa como imoral, não natural ou produto de doença mental:** “(...) *este tipo de preconceito contradiz os valores fundamentais do constitucionalismo contemporâneo em cujo cerne estão os princípios da dignidade humana, a autodeterminação, o pluralismo e o respeito pelos projetos de vida individuais e, conseqüentemente, rejeita a segregação a que tem sido submetidos*”.

Por este motivo, “a Sala” considera que **não se pode continuar a perpetuar a discriminação contra a população homossexual em atuações, quer de entidades públicas ou privadas, que enviam mensagens estigmatizantes como no presente caso.**

Em relação ao disposto no Manual do Ministério da Saúde, a Corte destaca que as perguntas feitas pelo Laboratório não coincidem exatamente com o previsto na normatização (o laboratório não perguntou há quanto tempo as relações sexuais haviam ocorrido) e, ainda assim, “a Sala” adverte que a redação da norma sugere uma ênfase exclusiva na orientação sexual do doador, e não em suas práticas sexuais, de modo de que este preceito induz os bancos de sangue a formularem perguntas e questionários levando em consideração a orientação sexual como fator de risco. Assim, “a Sala” entende que a normatização também deve ser examinada à luz do juízo de igualdade e, levando-se em conta que esta também se baseia em um critério suspeito, deve ser submetida a um nível de

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

escrutínio mais estrito. Assim, “a Sala” considera que os critérios não superam o juízo estrito de proporcionalidade e não podem ser usados como fundamento para as decisões do laboratório.

A Corte destaca a questão do teste de HIV (a que todas as amostras devem ser submetidas) como um **meio mais eficaz** de se garantir a qualidade do sangue (e que não é discriminatório) e reafirma a questão dos comportamentos sexuais de risco (e não a orientação sexual). Além disso, “a Sala” está consciente de que, no caso de HIV, existe um **"período de janela imunológica"**, que se inicia quando o vírus entra no sistema vascular e dura até que se liberem os anticorpos. Durante este tempo, o vírus não é detectado e os resultados de HIV pode ser negativo, apesar da existência do vírus. **No entanto, afirma que, hoje, os avanços científicos permitem detectar o vírus da Aids com uma eficiência muito alta e uma porcentagem de falsos negativos quase inexistente;** de acordo com estudos científicos, é possível detectar com segurança a partir de 12 meses contados do último contato sexual de risco. Por isso, **vetos temporários são razoáveis e, para este fim, os bancos de sangue têm como principal ferramenta as informações prestadas pelo doador no questionário e na entrevista. No entanto, essas perguntas devem ser sobre práticas sexuais de risco e não sobre a orientação sexual do doador em potencial.**

De fato, a **Organização Pan-Americana da Saúde** recomendou, em um relatório recente: *"As pessoas envolvidas em comportamentos sexuais de risco devem ser evitadas como doadores de sangue por 12 meses contados da última vez que tenham tido esses comportamentos. Os serviços de sangue devem evitar, por um período de 12 meses, as mulheres que se oferecem para doar sangue se o seu parceiro masculino fez sexo anal ativo ou passivo com outro homem durante os últimos 12 meses. **A orientação sexual - heterossexualidade, bissexualidade, homossexualidade - não deve ser usado como critério para seleção de doadores, já que não é um risco em si.** Recomenda-se não doar sangue durante seis meses após ter relações sexuais com um novo parceiro. Os doadores potenciais devem ser encorajados a se proteger e seus parceiros praticando sexo seguro".*

**Conclusões**  
**da Decisão**

Por estes motivos, a Corte Constitucional da Colômbia conclui que, no caso concreto, apesar de haver uma finalidade constitucionalmente imperiosa, **a decisão do laboratório de recusar o autor como doador em razão de sua orientação sexual é uma ação que configura um tratamento discriminatório, que ofende os direitos à igualdade, à dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.** No mesmo sentido, e haja visto que o



laboratório agiu conforme um marco regulatório que apresente este critério como fator de risco, “a Sala” adverte que a normativa contém uma disposição que não supera o teste estrito de proporcionalidade, e, em consequência, também é discriminatória e deve ser afastada, por ser contrária à Constituição. Por isso, “a Sala” revoga a decisão do juiz de instância e concede a proteção aos direitos fundamentais invocados.

Consequentemente, **“a Sala” ordena que o laboratório refaça o questionário e a entrevista sem basear-se na orientação sexual do doador (se ele assim quiser proceder), fazendo perguntas dirigidas apenas a identificar práticas sexuais de risco e de acordo com os critérios expostos na presente decisão.** Caso a doação seja feita, deverá realizar as provas obrigatórias de “blindagem” que corroborem as informações trazidas pelo doador. No mesmo sentido, ordena que o laboratório tome as medidas necessárias para evitar casos semelhantes no futuro.

Por outro lado, **“a Sala” ordena ao Ministério da Saúde e Proteção Social que revise os critérios dispostos na normatização vigente e que levam à discriminação dos doadores a partir de sua orientação sexual;** que emitam guias e realizem campanhas e capacitações para os profissionais de saúde encarregados de entrevistar os possíveis doadores, que garantam que os critérios de seleção ou exclusão não sejam baseados apenas na orientação sexual, mas sim em perguntas que levem a identificar altos ou baixos graus de risco, com base na conduta sexual.

A Corte determinou a revogação da decisão, ordenou ao laboratório refazer a entrevista (caso o autor quisesse doar sangue novamente) e adotasse medidas para que o ocorrido não se verificasse novamente e exortou o Ministério da Saúde a rever a normatização específica.

## **6. CONCLUSÃO E SÍNTESE.**

Ante o exposto, tem-se por flagrantemente inconstitucional a proibição de doação de sangue por Homens que tenham praticado Sexo Seguro (com preservativo) com outros Homens nos últimos doze meses (ou, pelo menos, considera-se inconstitucional a aplicação de ***dois pesos e duas medidas*** às perguntas que os hemocentros fazem a Homens que façam Sexo com Mulheres e Homens que façam Sexo com outros Homens), por afronta: **(i)** aos princípios **da isonomia e da razoabilidade**, que vedam discriminações/medidas arbitrárias, irracionais e/ou ilógicas, que não decorram de um fundamento lógico-racional que lhes justifiquem com base no critério discriminador erigido; **(ii)** **da proporcionalidade**, por ser uma medida ***inadequada*** (não é apta a prevenir contaminações na doação de sangue, pois estas não ocorrem pela prática de sexo seguro [com preservativo] entre dois homens, ou, pelo critério atual do Estado

brasileiro, se teve parceiros sexuais ocasionais e/ou desconhecidos, e não se ela praticou sexo com outros homens nos últimos doze meses), **desnecessária** (há meio menos gravoso existente, a saber, perguntar se o homem em questão praticou sexo inseguro nos últimos doze meses, ou, pelo critério atual do Estado brasileiro, se teve parceiros sexuais ocasionais e/ou desconhecidos, e não se ela praticou sexo com outros homens nos últimos doze meses) e **desproporcional em sentido estrito** (não há direito de ninguém a impedir que homens que tenham feito sexo seguro com outros homens nos últimos doze meses, ou que não o tenham feito com parceiros desconhecidos/ocasionais pelo atual critério do Estado brasileiro, visto que a prática de sexo seguro com outros homens não causa nenhum risco de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis); **(iii) da promoção do bem-estar de todos e da promoção de uma sociedade fraterna, justa e solidária**, tendo em vista que a postura atécnica e preconceituosa do Estado brasileiro afronta o bem-estar dos cidadãos homo e bissexuais (além das cidadãs travestis e mulheres transexuais, pela postura transfóbica do Estado brasileiro em considerá-las como “homens” para os fins de doação de sangue) e é contraditório com o conceito de uma sociedade fraterna, justa e solidária.

Na síntese da bela petição inicial, aqui homenageada (itens 42, 50 a 52, 57 e 109):

*Ora, o simples fato de um homem ter relações sexuais com outro homem não é comportamento que justifique o seu impedimento por doze meses para doar sangue - como, por exemplo, na hipótese relacionamento monogâmico e duradouro, ou na hipótese de relação sexual com uso de preservativos, que não constituem qualquer comportamento de risco.*

[...]

*Este é, portanto, o quadro da legislação brasileira sobre o tema: **aparentemente progressista, mas notoriamente contraditória e impregnada de preconceito** - mantendo no ordenamento jurídico pátrio o repudiado tratamento discriminatório em razão de orientação sexual. O vírus HIV é transmissível às pessoas independentemente da sua orientação sexual. Relações sexuais desprotegidas **tanto entre heterossexuais, quanto entre homossexuais**, são passíveis de transmitir o agente causador da Aids. Em outras palavras, mantêm-se o preconceito e a discriminação contra os homossexuais, que são colocados como grupo de risco exclusivamente pela orientação sexual, sem considerar-se o efetivo comportamento sexual de cada um.*

[...]

*Além de ser absolutamente discriminatório, o fundamento não possui qualquer lógica jurídica. Isso porque a legislação brasileira **já prevê a exclusão da doação de sangue de pessoas [que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros***

**sexuais**<sup>21</sup>, **sejam elas heterossexuais ou homossexuais**. [cf. art. 64, II, da Portaria n. 158/2016]

[...]

*A legislação brasileira estabelece, após a identificação e triagem clínica, uma **entrevista individual do candidato** com um profissional do setor médico qualificado, na qual são feitas perguntas que permitem identificar com maior precisão eventuais comportamentos de risco e, se assim for, excluir determinados candidatos.* [cf. arts. 35 e 36 da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde]

[...]

*Sob o pretexto de privilegiar a segurança no controle de saúde do sangue, o Estado brasileiro admite que determinado grupo de pessoas, por mera questão ontológica – e não em razão de comportamentos adotados –, seja barrado dos hemocentros e taxado de “impuro”, de “aidético”, frente às pessoas supostamente “normais” e possuidoras de sangue hipoteticamente “saudável”. **A estigmatização é flagrante e absurda!***

Lembre-se, por fim, que no paradigmático **Caso Atalla y Niñas vs. Chile (2012)**, a **Corte Interamericana de Direitos Humanos** afirmou que, mesmo a pretexto de se proteger um objetivo constitucional relevante (naquele caso, a integral proteção de crianças e adolescentes; neste, a segurança na doação de sangue), **não se pode fazê-lo por intermédio de estereótipos e concepções discriminatórias em geral**, donde a relevância do valor constitucional que se visa proteger não justifica a adoção de concepções discriminatórias por parte do Estado para supostamente proteger tal valor (até porque isso implicaria em medida *inadequada e desnecessária*, justamente pela falsidade de estereótipos e de concepções discriminatórias em geral)<sup>22</sup>.

## **7. DOS PEDIDOS.**

Ante o exposto, requer-se: **(i)** a admissão do GADvS como *amicus curiae* no presente feito, aceitando-se e considerando-se este memorial (e protestando por eventual nova manifestação, após as manifestações das autoridades intimadas para tanto por Vossa Excelência), bem como deferindo-se a realização de sustentação oral no julgamento do presente feito; **(ii)** seja, ao final, **julgada totalmente procedente** a presente ação, nos termos da exordial, declarando-se a inconstitucionalidade da proibição apriorística à doação de

---

<sup>21</sup> Parece questionável pelo menos a *necessidade* (em termos de proporcionalidade) esse critério atual, pois se o sexo for com preservativo em todas as situações, não haveria risco de contaminação por doenças sexualmente transmissíveis. De qualquer forma, este é o critério atual da legislação brasileira, donde é ele, e não uma regra de exceção arbitrária, como a questionada nesta ação, que deve pautar os atos sexuais entre *Homens que fizeram Sexo com outros Homens*. Substituiu-se a palavra “promíscuas”, da exordial (pelo trecho entre colchetes), por seu caráter altamente pejorativo e, de qualquer forma, para se colocar as exatas palavras da normatização de regência.

<sup>22</sup> Para explicação desta paradigmática decisão, vide VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, cap. 16, item 3.5 (“*A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*”).

GADvS  
**GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO**

---

sangue por *Homens que façam Sexo com outros Homens*, ainda que por sexo seguro (com preservativo) e mesmo que em relações homoafetivas monogâmicas e com preservativo (critério atual do Estado brasileiro), como medida da mais lúdima **JUSTIÇA!**

**Subsidiariamente**, na longínqua hipótese de não ser julgada totalmente procedente a presente ação, no que não se acredita e se aventa unicamente por força do princípio da eventualidade, então requer-se *pelo menos a parcial procedência* da presente ação, para que se declare a inconstitucionalidade do *prazo de doze meses* para a doação de sangue, determinando-se que o Estado brasileiro fixe um prazo compatível com a janela imunológica dos exames mais recentes/avançados em termos de detecção de Doenças Sexualmente Transmissíveis (que, atualmente, são inferiores a um mês). Afinal, se o STF, absurdamente, referendar a discriminação preconceituosa do Estado brasileiro, pelo menos deverá exigir que ela não se dê por prazo superior àquele relativo à janela imunológica, relativamente aos exames mais recentes/avançados sobre o tema, por ser ainda mais arbitrário admitir-se tal discriminação por um prazo superior ao da janela imunológica.

Requer, por fim, que todas as intimações referentes ao presente feito sejam realizadas em nome do advogado signatário, **Paulo Roberto Iotti Vecchiatti**, inscrito na OAB/SP sob o número 242.668, sob pena de nulidade.

Termos em que,  
Pede e Espera Deferimento.  
São Paulo, 20 de junho de 2016.

**Paulo Roberto Iotti Vecchiatti**  
**OAB/SP n.º 242.668**