



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN

**DIGNÍSSIMO RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE N. 5543/DF**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
– CFOAB, serviço público dotado de personalidade jurídica e regulamentado pela Lei nº 8.906/94, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, por seu Presidente, **Claudio Pacheco Prates Lamachia**, vem, à presença de Vossa Excelência por intermédio de seus advogados infra-assinados, com instrumento procuratório específico incluso (doc. anexo), endereço para intimações na SAUS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF e endereço eletrônico pc@oab.org.br, **requerer sua admissão no feito**, conforme decisão exarada nos autos da Proposição n. 49.0000.2016.008810-8/Conselho Pleno (certidão anexa), **na condição de**

AMICUS CURIAE,

nos termos do art. 138 do Novo Código de Processo Civil, apresentando desde logo suas razões.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

I – DA POSSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO E REPRESENTATIVIDADE DA POSTULANTE.

Admite a Lei n. 9.868/1999 a participação assistencial de órgãos e entidades de reconhecida representatividade para se manifestar nas ações que versem sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Dispõe o citado diploma normativo:

Art. 7º [...]

(...)

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

A Ordem dos Advogados do Brasil tem competência legal para a defesa da Constituição, dos direitos humanos e da justiça social, conforme o artigo 44, inciso I da Lei n. 8.906/94 – Estatuto da OAB.

Sua legitimação para atuar em defesa da Constituição decorre dela própria (artigo 103, inciso VII), já tendo esse Supremo Tribunal Federal, em reiteradas oportunidades¹, reconhecido o caráter universal dessa legitimação, ou seja, não se lhe exigindo qualquer demonstração de pertinência temática.

A matéria em debate na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade é da alta relevância, justificando a admissão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no processo, notadamente em razão de sua finalidade institucional, de modo que este Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB – entende ter condições de agregar valor à discussão acerca da (in)constitucionalidade de normas administrativas que proíbem a doação de sangue por homens que tenham tido relações sexuais com outros homens nos últimos doze meses.

Por oportuno, destaca-se que esta ação foi liberada para inclusão em pauta em 06/09/2016. É certo que, segundo a jurisprudência da Suprema Corte, o ingresso de *amicus curiae* tem uma limitação temporal cujo termo final é o envio dos autos para ingresso na

¹ Por todas: Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/DF; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.638/DF; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.388/GO; Incidente de Deslocamento de Competência nº 03; e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357/DF, da qual se destaca o seguinte excerto: “O CFOAB representa os advogados em todo o território nacional, isto é, classe profissional responsável por uma das funções essenciais à Justiça, além de ter a OAB a finalidade legal de defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas. Ademais, consta no rol de legitimados para a propositura de ações do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Desse modo, exibe evidente representatividade, tanto em relação ao âmbito espacial de sua atuação, quanto em relação à matéria em questão” (Decisão monocrática. Rel. Min. Edson Fachin. 22/10/2015).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

pauta. Contudo, registra-se que esta Suprema Corte tem admitido em situações excepcionais o ingresso após esse estágio em razão da repercussão e relevância do caso.

Nesse sentido, registra-se que na ADI n. 2791, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, foi deferido o ingresso de *amicus curiae* após a inclusão do feito em pauta, “em face da notória contribuição que a manifestação [traria] para o julgamento da causa”.

Frisa-se, ainda, os precedentes das ADI n. 2548 (Relator Min. Gilmar Mendes); ADI n. 2675 (Relator Min. Carlos Velloso) e ADI n. 2777 (Relator Min. Cezar Peluso), cuja liberação para julgamento plenário não impediu a admissão de novo *amicus curiae*, em razão da relevante colaboração a ser prestada pelo solicitante com seu ingresso.

Dessa forma, ainda que o feito já tenha sido liberado para a inclusão em pauta, há precedentes que subsidiam o deferimento do ingresso do CFOAB como *amicus curiae* na ADI n. 5543/DF.

Ademais, verifica-se, no presente caso, que o relator admitiu o ingresso do “Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília”, do “Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea da UFPR” e do “Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da UFPR” após a liberação do processo para julgamento em plenário, haja vista que tais deferimentos foram proferidos nas datas de 19/09/2016 e 21/09/2016, conforme observa-se do andamento processual do feito. Tem-se, portanto, que o estágio processual da demanda não é óbice para o deferimento do pleito deste CFOAB.

Consubstanciado nos fundamentos expostos, esta Entidade comparece para apresentar suas razões na condição de *amicus curiae*, ao entender preenchidos os requisitos autorizadores, isto é, representatividade e interesse no resultado do julgamento.

Passa-se, destarte, à exposição de razões e fundamentos jurídicos. Esclarece-se que este CFOAB apresenta duas razões principais pelas quais entende que as regras guerreadas desatendem ao primado constitucional da igualdade e da não discriminação: a primeira, de natureza empírica, revela que o critério de *discriminem* não encontra respaldo fático; a segunda, que a ausência de tal respaldo torna o critério inconstitucional na medida em que a regra restritiva, não sendo universalizável, afronta o primado da igualdade, objetivo fundamental da República Brasileira.

II – SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB – pela qual requer seja declarada a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. XXX, alínea ‘d’, da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária –



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

ANVISA, que obstam a doação de sangue por homens que tenham praticado sexo com outros homens nos últimos 12 (doze) meses.

Para tanto, sustenta que as referidas normas violam: a) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); b) o direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*, CF); c) o objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminação (art. 3º, IV, CF); e d) o princípio da proporcionalidade.

Requer, assim, a suspensão liminar das normativas impugnadas, e, ao final, a procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

O Exmo. Ministro Relator determinou o processamento da ação pela r. decisão de 08/07/2016, consignando, já naquela oportunidade, que “muito sangue tem sido derramado em nosso país em nome de preconceitos que não se sustentam, a impor a célere e definitiva análise da questão por esta Suprema Corte”, manifestação que denota a relevância da matéria sob julgamento.

III – DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS HOMENS (HSH)

III. 1 – A razão empírica: de grupos de risco a comportamentos de risco

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), causada pelo vírus HIV continua sendo uma patologia grave, uma genuína epidemia, que assola o mundo desde a descoberta do vírus na década de 80. De acordo com o último Boletim Epidemiológico, o Brasil tem 656.701 casos de AIDS registrados e em 2011 foram comunicados 38.776 casos.² Nos dados do IBGE de 1990 a 2008, assiste-se a um crescimento brutal dos casos de AIDS entre as mulheres.

Esses números acompanham uma tendência mundial.

Em 2013, estimou-se que havia 24,7 milhões de pessoas vivendo com HIV na África subsaariana, representando cerca de 71 por cento do total global. Em 2012, só naquela região houve 1,2 milhões de mortes devido a doenças relacionadas à AIDS. Em dezembro de 2012, estimou-se que 15 milhões de crianças na África subsaariana tinham perdido um ou ambos os pais devido à AIDS.

Um dos grandes problemas na atualidade e que explica o feroz aumento de mulheres infectadas pelo vírus HIV reside no sexo inseguro. Uma pesquisa de 2014 sugere que homens heterossexuais utilizam uma série de táticas para evitar o uso de preservativos durante as relações sexuais com mulheres. Em um universo de 313 homens entrevistados,

² Dados obtidos em: www.aids.gov.br Acesso em: 29/08/2016.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

80% afirmaram empregar táticas para não utilizar preservativo desde a adolescência. Essa investigação terminou por concluir que intervenções e políticas públicas voltadas aos comportamentos de risco sexuais deveriam empregar esforços na análise e combate às táticas de resistência ao uso de preservativo por parte dos homens.³

Há mais de 15 anos, uma pesquisa de investigadores empenhados em aumentar a prática do sexo seguro evidenciou que o uso de preservativo é um processo ativo que requer um tipo de negociação entre os parceiros sexuais. A pesquisa envolveu 219 pessoas heterossexuais (118 homens e 101 mulheres) entre 17 e 37 anos. Os resultados evidenciaram que os homens, usualmente, não querem usar o preservativo. O papel na negociação costuma ser reativo, ou seja, o uso depende de uma iniciativa da parceira.⁴

Esse papel da mulher pode justificar o porquê da disseminação do vírus entre o gênero feminino, pelos mais diversos motivos: dependência emocional, medo, abuso físico, sexual ou psicológico, normas culturais ou mesmo a dependência financeira. Tratam-se de fatores que justificam o receio das mulheres em questionar seus maridos e companheiros quanto à existência de eventuais DSTs ou sobre a utilização de preservativos.⁵ Por tais razões, denota-se que as mulheres possuem menos poder e controle sobre o uso do preservativo.

Avaliando os dados do último relatório da UNAIDS, extrai-se que, caso a nomenclatura “grupo de risco” ainda fosse utilizada, as mulheres o encabeçariam. De acordo com o documento, adolescentes e mulheres jovens com idades entre 15-24 anos estão em risco particularmente elevado de infecção pelo HIV, pois elas correspondem a 20% das novas infecções pelo HIV entre adultos em todo o mundo em 2015. Em áreas geográficas com maior prevalência do HIV, o desequilíbrio entre os sexos é ainda mais pronunciado.

Como alertado por Michel Sidibé, diretor da UNAIDS, a “revolução da prevenção” está mais vinculada à igualdade de gênero do que à orientação sexual dos indivíduos. Adverte Sidibé a igualdade de gênero possui papel relevante nessa evolução, que depende de uma mudança social e transformadora. Aponta que mulheres jovens são excepcionalmente vulneráveis ao vírus, estimando que elas tenham sido vítimas de 22% de todas as novas infecções de HIV em 2011. Afirma que a desigualdade de gênero, violações dos direitos humanos e violência sexual sujeitam meninas e mulheres a um risco acrescido de infecção por HIV. Aí, segundo ele, reside um dos maiores problemas e embaraços a um maior avanço na resposta à AIDS.⁶

³ Cfr. DAVIS, Kelly Cue et al. “Young Men’s Condom Use Resistance Tactics: A Latent Profile Analysis, *In: Journal of Sex Research*, vol. 51, n. 4, pp. 454-465, 2014.

⁴ CARTER, James A. *et. al.* “Gender differences related to heterosexual condom use: The influence of negotiation styles”, *In: Journal of Sex & Marital Therapy*, vol. 25, n. 3, pp. 217-225, 1999.

⁵ Consultar BUCHANAN, Kim Shayo. “When Is HIV a Crime - Sexuality, Gender and Consent”, *In: Minnesota Law Review*, vol. 99, n. 4, pp. 1231-1342, 2015, p. 1295.

⁶ SIDIBÉ, Michel. “Getting to Zero New HIV Infections: The Prevention Revolution”, *In: Brown Journal of World Affairs*, vol. 17, n. 2, pp. 7-20, 2011, p. 14.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Em todo o mundo, os heterossexuais vêm se tornando uma prioridade nos programas de prevenção de *AIDS*, exatamente pela resistência ao preservativo.⁷ Nas relações heterossexuais, as mulheres são duas vezes mais propensas a serem infectadas em uma relação desprotegida com um parceiro soropositivo do que o revés.

O único fato que torna os HSH (homens que fazem sexo com homens – *gays* e bissexuais) mais suscetíveis ao vírus HIV diz respeito ao sexo anal, que causa uma probabilidade 18 vezes maior de contaminação por um parceiro soropositivo. Note-se que, todavia, a *AIDS* não escolhe gênero. A propensão de um parceiro infectado contaminar o outro durante a prática anal é igual para mulheres e homens passivos.

Pesquisas⁸ indicam que o uso de preservativos no sexo anal entre heterossexuais é baixíssimo, revelando um dos principais comportamentos de risco responsável pela epidemia de *AIDS* na atualidade. Um estudo do ano 2000, realizado com 647 estudantes heterossexuais norte-americanos, indicou que 76,1% daqueles que praticavam sexo anal nunca utilizaram preservativos durante esse tipo de relação sexual.⁹

O que deve ser combatido, portanto, é a “cultura de resistência” ao sexo seguro. Na Inglaterra, por exemplo, há indicações de que existe uma cultura de resistência ao preservativo por parte dos jovens heterossexuais masculinos, seja para a prática do coito vaginal ou do coito anal.¹⁰ As indicações de que os heterossexuais tendem a utilizar menos o preservativo na prática do sexo anal desaguam em um cenário que revela a mulher como o elemento mais vulnerável ao vírus HIV. Por serem invariavelmente o sujeito passivo, elas são mais suscetíveis ao contágio em virtude das micro lesões causadas pela prática sexual em uma zona extremamente vascularizada.¹¹

Outro fator responsável pela disseminação do vírus HIV é o uso de drogas injetáveis. Existem países como a Estônia, nos quais a epidemia está concentrada nos usuários de drogas e seus parceiros, que podem servir de ponte em potencial para a expansão da epidemia.¹² Os usuários de drogas, além do consumo de substâncias estupefacientes,

⁷ Cfr. RAYMOND, H.F., *et al.* “Efforts to Find Heterosexual HIV in San Francisco, 2007–2013”, *In: AIDS and Behavior*, vol. 19, n. 12, pp. 2317-2324, 2015.

⁸ Cfr. OWEN, B.N. *et al.* “Prevalence and Frequency of Heterosexual Anal Intercourse Among Young People: A Systematic Review and Meta-analysis”, *In: AIDS and Behavior*, vol. 19, n. 7, pp. 1338-1360, 2015.

⁹ PARTINGTON, Keith Nathaniel. “Heterosexual HIV transmission: ethics of disinformation and the importance of adhering to an evidence-based approach in psychotherapeutic practice”, *In: Sexual and Relationship Therapy*, vol. 23, n. 4, 419-432, 2008, p. 421.

¹⁰ Cf. MEASOR, Lynda. “Condom use: a culture of resistance”, *In: Sex Education*, vol. 6, n. 4, pp. 393-402, 2006, p. 393.

¹¹ BRODY, Stuart; WEISS, Petr. “Heterosexual Anal Intercourse: Increasing Prevalence, and Association with Sexual Dysfunction, Bisexual Behavior, and Venereal Disease History”, *In: Journal of Sex & Marital Therapy*, vol. 37, n. 4, pp. 298-306, 2011, p. 299.

¹² Cfr. UUSKULA, A., *et al.* “Risk for Heterosexual HIV Transmission Among Non-Injecting Female Partners of Injection Drug Users in Estonia”, *In: AIDS and Behavior*, vol. 17, n. 3, pp. 879–888, 2013.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

usualmente possuem uma grande multiplicidade de parceiros sexuais e se engajam em comportamentos de risco – especificamente o não uso do preservativo – com enorme frequência. Todavia, há indicações de que o uso de preservativos entre jovens toxicodependentes e estudantes universitários é equivalente.¹³

Um estudo¹⁴ levado a cabo com HSH, mulheres e homens heterossexuais soropositivos indicou que era similar o número de *gays*, bissexuais (HSH) e mulheres, todos portadores do vírus HIV, que praticavam sexo desprotegido. A prática de sexo desprotegido – independentemente da orientação sexual – é responsável por cerca de 56 mil novas infecções por HIV ao ano só nos Estados Unidos.

Esses dados, que se harmonizam com estudos trazidos pelos demandantes e pelos *amici curiae*, indicam que o problema se concentra no sexo desprotegido e em outras práticas de risco, como a toxicodependência. A não utilização de preservativos e condutas de risco, tal como o uso de drogas injetáveis, é que devem nortear as políticas de saúde voltadas à segurança do sangue, plasma e hemoderivados.

III.2 – A razão jurídica: violação ao princípio da igualdade pela não observância da indispensável universalidade do critério de discriminem

Os dados empíricos apresentados evidenciam que a transmissão de HIV está muito além das relações masculinas homossexuais. Nesta senda, é de se questionar se o critério de *discriminem* adotado pelo Ministério da Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária é adequado ao fim por ele colimado e, mais do que isso, justifica o deferimento de tratamento desigual para homens que praticam sexo com outros homens.

A Comissão Especial da Diversidade Sexual deste Conselho Federal oficiou ao Ministério da Saúde em novembro de 2013 (**doc. anexo**) requerendo a retificação ou revogação do art. 34, §11, IV, ‘d’, da Portaria n. 1.353/2011 daquele Ministério (com o mesmo conteúdo do atual art. 64, IV, da Portaria n. 158/2016, ora impugnado), em razão da discriminação por ele perpetrada.

Em resposta, o Ministério da Saúde encaminhou parecer técnico, subscrito pelo Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais, favorável à manutenção do óbice a doação de sangue por homens que tiveram relação sexual com outros homens no período de 12 (doze) meses (**doc. anexo**).

¹³ TUBMAN, Jonathan G.; LANGER, Lilly M.; SHAMS, Sepideh. “Condom Use, Condom Refusal, and Substituted Sexual Behaviors Among Youth at Higher and Lower Risk for HIV Infection”, *In: Journal of Social Work Practice in the Addictions*, vol. 3, n. 4, pp. 73-91, 2003, pp. 83-84.

¹⁴ WIDMAN, L. *et al.* “Do Safer Sex Self-Efficacy, Attitudes toward Condoms, and HIV Transmission Risk Beliefs Differ among Men who Have Sex with Men, Heterosexual Men, and Women Living with HIV?”, *In: AIDS and Behavior*, vol. 17, n. 5, pp. 1873–1882, 2013.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

À guisa de fundamentação, o parecer apresenta pesquisa desenvolvida na Inglaterra que constatou que os homens que praticam sexo com outros homens nos últimos 12 meses apresentam risco 60% maior de realizar transfusão de sangue contaminado por HIV em comparação com homens que não praticaram sexo com outros homens.

O parecer técnico cita também estudo realizado nos Estados Unidos que constatou “prevalência de HIV maior entre doadores que reportaram sexo com outro homem nos últimos 5 anos quando comparados com doadores não-HSH”. Apontou, ainda, pesquisa realizada por hemobancos brasileiros em que se constatou que entre os potenciais doadores de sangue, o principal fator de risco encontrado para participantes do sexo masculino foi ser HSH (definido como ter reportado atividade sexual com outro homem em qualquer momento da vida)”.

Da leitura do parecer é possível inferir, de forma clara, a *ratio* que levou a edição das normas impugnadas, bem assim o critério por elas eleito. A finalidade, como demonstrado, é excluir dos bancos de sangue as doações realizadas por integrantes de grupos de risco. O critério utilizado é a prática de sexo homossexual por homens nos últimos doze meses.

A questão que se coloca é: o critério eleito é adequado para alcançar a finalidade almejada, de modo a justificar o tratamento desigual aos HSH? Trata-se, portanto, de apurar em primeiro lugar a *adequação* do critério de *discriminem* eleito pela regra para o fim por ela perseguido e, em um segundo momento, a *universalidade* de sua justificação, sem a qual não ultrapassa o compromisso social da imparcialidade, tão vergastado nas questões envolvendo a população LGBTI.

Da análise do parecer técnico exarado pelo Departamento de DST, *AIDS* e Hepatites Virais do Ministério da Saúde, extrai-se que o suporte fático eleito pela regra que inabilita o candidato do sexo masculino para a doação de sangue é *ter relações sexuais com outros homens e/ou parceiras sexuais destes nos últimos 12 meses*. A finalidade que a regra visa alcançar é *reduzir o risco de transmissão de HIV pela transfusão de sangue*.

O argumento trazido para tanto é que os homens que mantêm relações sexuais com outros homens possuem 60% mais chances de serem portadores de HIV. Porém, é de se questionar: será a prática homossexual, *per se*, a causadora desse incremento de probabilidade? Por certo que não. O que está por trás do discurso expresso é a prática de *sexo anal*, sendo este o elemento que incrementa o risco de contaminação e que, para o Ministério da Saúde, está presente nas relações HSH.

Nesta medida, exsurge a primeira falha do *critério de generalização* eleito pela regra: não é a relação homossexual entre homens que incrementa o risco de transmissão de HIV, mas o sexo anal. É esta prática que amplia em 18 vezes o risco de transmissão de HIV, seja praticada entre homossexuais ou heterossexuais.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Como adverte Frederick Schauer, a generalização será logicamente legítima quando escolher como fato particular a ser generalizado aquele que possui a potencialidade causal de deflagrar o fato que se pretende evitar¹⁵, e absurda se generalizar um fato do qual não decorra o risco que se pretende evitar. Além disso, não se pode presumir, pelo simples fato de um homem se declarar homo ou bissexual, que ele pratique o coito anal (de maneira ativa ou passiva)¹⁶ e, menos ainda, que o faça de forma desprotegida, que é o que efetivamente materializa a ameaça no âmbito do contágio e propagação de doenças sexualmente transmissíveis, nomeadamente da *AIDS*.

Tomar como elemento de *discriminem* a relação sexual entre homens, e generalizá-la na regra impeditiva da doação de sangue, não converge com a justificação da regra. Contraditoriamente, tal impedimento reflete uma concepção ainda arraigada em uma sociedade de cultura religiosa e patriarcal que, de um lado, supõe não haver a pratica de sexo anal entre heterossexuais; de outro, vale-se desse critério de forma distorcida para obstar que um grupo socialmente reprimido possa tomar parte nas doações de sangue.

Tal conclusão encontra respaldo nos dados do Departamento de DST, *AIDS* e Hepatites Virais do Ministério da Saúde, segundo o qual “entre os homens, 43,5% dos casos [de contágio de *AIDS*] se deram por relações heterossexuais, 24,5% por relações homossexuais e 7,7% por bissexuais. O restante ocorreu por transmissão sanguínea e vertical”¹⁷. Ora, se a maior parte das contaminações masculinas por HIV decorrem de relações heterossexuais, nas quais o sexo anal também amplia em 60% a chance de transmissão viral, o que justifica limitar o direito a doação de sangue apenas aos homens que tiveram relações homossexuais ao invés de atribuir a referida vedação a todas as pessoas que realizaram sexo anal, independentemente de sua orientação sexual? A resposta desvela a exclusão realizada pelas regras impugnadas, que se voltam mais a exclusão dos homens homossexuais das doações de sangue do que à contenção de riscos.

Em seu clássico *Retórica e o Estado de Direito*, Neil Maccormick apresenta a justificação como a demonstração de que uma decisão, ainda que aparentemente correta para um caso particular, só será de fato justificada se puder ser universalizada, ou seja, se mostrar-

¹⁵ “La generalización prescriptiva comienza habitualmente con un individuo, lo toma como ejemplar de una categoría más general y luego busca aquella propiedad de ese individuo que es causalmente relevante para la ocurrencia de la categoría más general. De aquí en adelante me referiré a la categoría más general como la *justificación*, esto es, el mal que se pretende erradicar o la meta que se pretende lograr. (...) La justificación determina asó cuál de entre las muchas generalizaciones lógicamente equivalentes de algún hecho desencadenante en particular será elegida como el predicado fáctico de la regla resultante. (...) Aunque sólo las generalizaciones causalmente relacionadas” (SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Tradução Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 84-85).

¹⁶ Até porque existem pessoas que se declaram como homossexuais mas, na realidade, são homorromânticos. Sentem atração romântica por pessoas do mesmo sexo, mas não exercitam a sexualidade, não mantêm relações sexuais. Cf. www.assexualidade.org

¹⁷ Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil>, acesso em 08/09/2016.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

se igualmente correta para todos os casos que apresentem os mesmos elementos fáticos, nas mesmas circunstâncias, adimplindo assim com o compromisso judicial da imparcialidade¹⁸.

Na espécie, não é o que ocorre. Situações que apresentam o mesmo elemento fático (sexo anal), responsável por incrementar o risco de transmissão do HIV, não recebem o mesmo tratamento, que é díspare a depender do sujeito que nela incorra. Quando o ato é praticado por heterossexuais, ele não deflagra qualquer repercussão para a doação de sangue, mas quando é realizado por homens do mesmo sexo, ele é reprimido pela censura da “inadmissão”.

Esta constatação evidencia que as regras impugnadas, ainda que estribadas em um discurso protetivo, em verdade violam o primado da igualdade, objetivo fundamental da República Brasileira, insculpido no art. 3º, I e IV, da Constituição Federal, revelando justamente a imparcialidade vergastada por Maccormick. Excluir parcela da população do sistema de doação de sangue exige uma justificação concreta e válida, o que, na espécie, não ocorre.

As regras guerreadas não afastam o critério gerador do risco que se visa evitar, pois a prática do sexo anal é comum à toda população, independentemente de sua orientação sexual ou gênero, sendo, portanto, um critério inviável para se estabelecer a exclusão de apenas um grupo em que presumidamente esta prática ocorre.

Extrai-se, pois, a inexorável conclusão pela inconstitucionalidade dos dispositivos ora impugnados, face à violação aos preceitos da dignidade da pessoa humana; do direito fundamental à igualdade, do objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminação e do princípio da proporcionalidade, previstos no art. 1º, inc. III; no art. 5º, *caput*, e no art. 3º, incs. I e IV, todos da Constituição Federal.

IV – CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, o **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer sua admissão** na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543/DF **na qualidade de *amicus curiae***, nos termos do art. 138 do NCPC, sendo-lhe assegurada a garantia de manifestação oportuna ao longo do transcurso do feito, incluída a possibilidade de sustentação oral, conforme disposto no Regimento Interno da Corte (Art. 131, § 3º).

¹⁸ “O porquê da justificação é um conector universal neste sentido: para um dado ato ser correto em virtude de uma certa característica, ou conjunto de características, ou situação, o mesmo ato precisa ser materialmente correto em todas as situações em que materialmente as mesmas características se apresentem. (...) Isso não depende de qualquer doutrina ou prática de seguir precedentes. Ao contrário, a racionalidade do sistema de precedentes depende dessa propriedade fundamental da justificação normativa, dentro de qualquer moldura justificatória: sua universalizabilidade. Qualquer compromisso com a imparcialidade entre diferentes indivíduos e diferentes casos exige que os fundamentos para o julgamento neste caso sejam tidos como repetíveis em casos futuros” (*Retórica e o Estado de Direito*. Tradução: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 120).



Ordem dos Advogados do Brasil

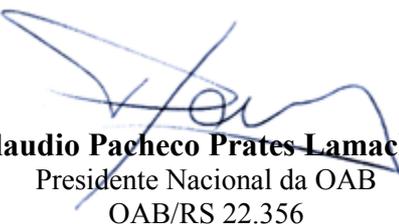
Conselho Federal

Brasília - D.F.

Nesse diapasão, este Conselho Federal se manifesta pela inconstitucionalidade das normas que vedam a doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais, previstas no art. 64, IV da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução RDC n. 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, à evidencia da violação aos princípios constitucionais dispostos no art. 1º, inc. III; no art. 5º, *caput*, e no art. 3º, incs. I e IV, todos da Magna Carta.

Termos em que, aguarda deferimento.

Brasília, 21 de setembro de 2016.


Claudio Pacheco Prates Lamachia
Presidente Nacional da OAB
OAB/RS 22.356


Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais
OAB/DF 18.958

Maria Berenice Dias
Presidente da Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero
OAB/RS 74.024

Marianna de Almeida Chaves Pereira Lima
Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero
OAB/PB 13.386

Marcelo Luiz Francisco de Macedo Bürger
Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero
OAB/PR 59.500


Bruna de Freitas do Amaral
OAB/SP 339.012


Lizandra Nascimento Vicente
OAB/DF 39.992