

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

ADI 5543

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM, associação civil sem fins lucrativos e de Utilidade Pública Federal (Portaria nº 2.134, de 27/05/2013), CNPJ nº 02.571.616/0001-48, com sede em Belo Horizonte - MG, Rua Tenente Brito Melo, nº 1.215, 8º andar, por intermédio de seus procuradores e, acreditando trazer importante colaboração para o deslinde do feito, vem requerer sua admissão na presente **ADI 5543**, na condição de **AMICUS CURIAE**, pelos fatos e fundamentos aduzidos a seguir.

I. DA POSSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO

Tamanha a importância do *amicus curiae*¹, que o legislador absorveu essa assertiva, com previsão expressa no CPC/2015, mudando todo o cenário acerca da instrumentalização procedimental, sendo admitido, inclusive, em primeira e segunda

¹ (...) A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional. (STF - ADInMC 2130-3/SC - Rel. Min. Celso de Mello - j. 20.12.2000 - DJU 2.2.2001 - p.145).



Instituto Brasileiro de Direito de Família

instância. Dispõem o artigo 138 do CPC/2015 e o artigo 323, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

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

Art. 323 § 3º Mediante decisão irrecorrível, poderá o Relator admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado sobre a repercussão geral.

O IBDFAM é uma das mais conceituadas e reconhecidas entidades voltadas ao estudo e ao debate do Direito das Famílias e Sucessões, contando com a participação de juristas de notório saber jurídico, Professores, Magistrados, membros do Ministério Público, Advogados, Psicólogos e Psicanalistas. Compõem o seu quadro social quase 10.000 (dez mil) associados de todos os Estados da Federação e Distrito Federal. O Instituto tem abraçado como causa, desde seu início, novos paradigmas familiares, haja vista as mudanças operadas na própria sociedade brasileira, sobretudo **criando comissões temáticas, notadamente a Comissão de Direito Homoafetivo que poderá prestar importantes subsídios ao deslinde do feito.**

Por oportuno, o requerente tem participado em importantes ações desta Egrégia Corte, trazendo informações relevantes nos processos: **ADPF 132/ ADI 4277** (Homoafetividade); **ADC 19** (Lei Maria da Penha); **ADI 4275** (Transexualidade); **RE 898060** (Prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica); **ADI 5083** (Guarda/Previdência); **ADI 5097** (planejamento familiar/ consentimento); **RE 878694** (concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro); **RE669.465** (União estáveis paralelas/pensão por morte).

Diante disso, a participação do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM na presente ação, na qualidade de amicus curiae, poderá resultar na expressiva contribuição para o deslinde da causa, além de pluralizar o debate sobre

tema de enorme impacto sócio-político democratizando a prestação jurisdicional.

II. BREVE SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Político PSB – Partido Socialista Brasileiro, com pedido de medida cautelar, 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, que enunciam, resumidamente, a impossibilidade de doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes pelo período de 12 (doze) meses a partir da última relação sexual.

Diante desta negativa discriminatória e sem embasamento científico, impede o direito à essas pessoas de praticarem a solidariedade, além de desperdiçar cerca de 19 milhões de litros de sangue por ano, considerando que cada doação pode salvar cerca de 4 vidas, prejudicando a promoção da saúde.

Tais portarias atacam diretamente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput), o objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminações (art. 3º, IV); e o princípio da proporcionalidade, requerendo a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde, bem como o art. 25, XXX, d, da RDC n. 34/2014 da ANVISA, destacando ainda que a violação constitucional é direta e não depende de anterior juízo de legalidade passíveis de controle concentrado de constitucionalidade.

Aduz em inicial que tais portarias vem de um contexto histórico de discriminação e não de rigor científico, já que o número de infecções registradas entre os anos de 1980-2015 é consideravelmente maior nos heterossexuais (50% dos casos notificados) do que nos homossexuais e bissexuais juntos (45,7% dos casos).

Destaca ainda que o art. 64 da portaria 158/2016 ora debatida, impõe a aplicação do princípio da não discriminação, porém impede a doação de sangue por homens que tenham feito sexo com outro homem, destacando, também, as notas da DPU – Defensoria Pública da União e da Comissão Nacional de Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que também criticam tal discriminação sem fundamento científico.

Relembra, ainda que a legislação já exclui os doadores que tenham relações sexuais promíscuas – sendo eles tanto homossexuais quanto heterossexuais, fazendo parte do grupo de risco, não tendo, portanto, lógica jurídica a discriminação feita aos homens que fazem sexo com homens.

Relata ainda, o caminho percorrido pelo sangue doado até o paciente, desde a entrevista individual até os exames laboratoriais antes da efetiva transfusão, esclarecendo 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”.

Na exordial destaca ainda a evolução no Direito Comparado, que em países como Argentina, Chile, Espanha, África do Sul, Portugal, dentre outros, permitem a doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, sendo esta uma tendência mundial e que tal impedimento acarreta ao Brasil além da estigmatização, a perda de 19 milhões de litros de sangue por ano e declara que agir com segurança é diferente de agir com discriminação, como ocorre com o Brasil.

Em caráter cautelar, requer a suspensão da eficácia do art. 64, IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, d, da RDC n. 34/2014 da ANVISA, tendo provado exaustivamente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, com a urgência dos bancos de sangue e o aumento da estigmatização, declarando-as, por fim, inconstitucionais.

III. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE À DOAÇÃO DE SANGUE POR GAYS E BISSEXUAIS DO SEXO MASCULINO IMPOSTO PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE E PELA ANVISA

1. A origem das normas restritivas à doação de sangue por homossexuais

O Brasil, como muitos lugares no mundo, enfrenta regularmente a escassez no fornecimento de sangue. A comunidade médica e os serviços de saúde depende de doações de voluntários para manter o estoque de sangue necessário para a quantidade de transfusões realizadas todos os dias. Importa referir que o Brasil é campeão mundial em acidentes de trânsito, cujas ocorrências médicas, em regra, envolvem a necessidade de transfusões e utilização de derivados de sangue.

Um suprimento inadequado ou insuficiente de sangue pode resultar em adiamento ou impossibilidade de intervenções cirúrgicas e não cirúrgicas, cujo atraso pode colocar em risco a saúde e até a vida dos pacientes. É imperioso ressaltar que, a cada ano, à medida que a população brasileira envelhece, a demanda por sangue irá aumentar.

Diante desse cenário, será que faz qualquer sentido o desperdício² de cerca de dezoito milhões de litros de sangue todos os anos³, pelo simples fato de os potenciais doadores serem homens e homossexuais/bissexuais? Para responder a essa pergunta, é preciso fazermos uma pequena viagem no tempo e regressar ao início da década de 1980, quando foram estabelecidas as primeiras regras proibitivas de doação de sangue por *gays* ao redor do mundo.

Após a descoberta do HIV/AIDS no início da década de 1980, o medo generalizado de transmissão levou a esforços nacionais e internacionais para proteger o fornecimento de sangue doado. Os legisladores muitas vezes consideraram os HSH (homens que fazem sexo com homens) como um grupo de alto risco e muitos países impuseram uma proibição vitalícia para doações de sangue por essas pessoas.⁴

² <http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2016/04/caminhao-cheio-de-sangue-alerta-sobre-desperdicio-por-preconceito.html> acesso em 11/06/2016.

³ <http://super.abril.com.br/ciencia/brasil-desperdica-18-milhoes-de-litros-de-sangue-ao-ano-por-preconceito> acesso em 11/06/2016.

⁴ Cf. CIUFO, Meredith. “Drawing Blood: Towards an EU Remedy for Blood Donation Rights”, *In: Boston University International Law Journal*, vol. 31, n. 2, pp. 341-364, 2013, p. 344.

A proibição de doação de sangue por gays e bissexuais masculinos, que poderia ser considerada razoável e justificável diante do pânico e desconhecimento sobre a doença (e sua forma de transmissão à época em que foi descoberta), não mais se justifica sob a ótica de proteção de saúde pública nos dias atuais.

No final de 1982, os epidemiologistas suspeitavam que a *AIDS* seria causada por um agente contagioso que podia ser transmitido pelo sangue e fluidos corporais, e tinham um “estágio assintomático”, onde os indivíduos podiam parecer saudáveis, mas ainda transmitirem a doença. No momento em que surgiu essa teoria, os cientistas, legisladores e formuladores de políticas de saúde pública, dos EUA e do resto do mundo, constataram que o fornecimento de sangue poderia ser um vetor importante de transmissão do que era conhecido à época como Imunodeficiência Gay (*Gay-Related Immune Deficiency – GRID*)⁵ ou câncer gay.

Em 1983, um regulamento da *Food and Drug Administration* (FDA) passou a excluir pessoas do rol de doadores com base em sua vida sexual. A partir dessa determinação, qualquer homem que tivesse praticado sexo com outro homem a partir de 1977 estaria permanentemente proibido de doar sangue nos EUA.⁶ Várias leis e regulamentos análogos surgiram ao redor do mundo, posteriormente às regras do FDA.

Nos últimos anos, os legisladores dos EUA e não apenas de lá, têm debatido a possibilidade de mudança nos regulamentos relativos às doações de sangue, com fundamento nas mudanças sociológicas e, mormente, nos progressos científicos das últimas décadas. Como apontado pelos requerentes, na peça vestibular do presente feito, países como Portugal e Espanha, operaram mudanças em suas normas concernentes a doações de sangue nos últimos anos, saindo de uma lógica de “grupos de risco” para “práticas, condutas ou comportamentos de risco”.

A Cruz Vermelha Americana, assim como a Associação Americana de Bancos

⁵ Cf. PULVER, Adam R. “Gay Blood Revisionism: A Critical Analysis of Advocacy and the Gay Blood Ban”, *In: Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Legal Issues*, vol. 17, pp. 107-130, 2008, p. 110.

⁶ Cf. CASEY, Shawn Carroll. “Illicit Regulation: A Framework for Challenging the Procedural Validity of the Gay Blood Ban”, *In: Food and Drug Law Journal*, vol. 66, n. 4, pp. 551-568, 2011, p. 551.

de Sangue e os Hemocentros Americanos já se manifestaram em favor da supressão da regra proibitiva de doação por um ano para os HSH (homens que fazem sexo com homens), principalmente pelo baixo estoque de sangue. Estas agências, entretanto, dependem da FDA (assim como no Brasil se depende da ANVISA e do Ministério da Saúde) para que possam coletar e distribuir sangue e hemoderivados.⁷

A atual taxa de infecção por HIV na União Europeia é de 5,8 por cada 100.000 pessoas. Só em 2010 a Organização Mundial de Saúde informou 118. 335 novos casos de infecções pelo HIV em 51 de seus 53 países da Europa. Na UE, especificamente, a transmissão heterossexual representou a maior percentagem entre os novos casos diagnosticados.⁸

A proibição de doação de sangue por homens que praticaram sexo com homens (conhecida como *gay blood ban* nos EUA) foi instituída como uma tentativa de colocar em quarentena o fornecimento de sangue, em um momento em que sangue e plasma não eram testados para a presença de HIV. Na época de edição daquelas normas, a *AIDS* era considerada como uma doença predominantemente (e até exclusivamente) relacionada às práticas homossexuais. **Na atualidade, a ciência médica e a biologia evoluíram enormemente no domínio das análises de sangue e plasma, e a sociedade reconhece que o vírus HIV e a *AIDS* podem afetar qualquer pessoa, independentemente do seu gênero ou orientação sexual.**⁹

Aliás, já em 1982 viu-se que a infecção por HIV não era algo restrito aos *gays*. Homens heterossexuais haitianos, toxicodependentes (mormente usuários de heroína) e hemofílicos juntaram-se aos homossexuais, e passaram a ser considerados como “grupos de alto risco”, pelo Centro de Controle de Doenças (CDC).¹⁰

⁷ Cf. CASEY, Shawn Carroll. “Illicit Regulation: A Framework for Challenging the Procedural Validity of the Gay Blood Ban”, cit., p. 552.

⁸ Cf. CIUFO, Meredith. “Drawing Blood: Towards an EU Remedy for Blood Donation Rights”, cit., p. 350.

⁹ Cf. NELSON, Ryan H. “An Indirect Challenge to the FDA’s Gay Blood Ban”, *In: Tulane Journal of Law and Sexuality: A Review of Sexual Orientation and Gender Identity in the Law*, vol. 23, pp. 1-16, 2014, p. 2.

¹⁰ Cf. PULVER, Adam R. “Gay Blood Revisionism: A Critical Analysis of Advocacy and the Gay Blood Ban”, cit., p. 111.

Alguma doutrina indica que a disseminação da doença entre hemofílicos na década de 1980 se deu não apenas em razão das transfusões de sangue, mas também em virtude da utilização de Fator VIII ou Fator Anti Hemofílico (FAH) produzido a partir do plasma de doadores como usuários de drogas injetáveis, detentos, residentes da zona de “skid row” (em Los Angeles) e *gays* promíscuos. Não obstante essas pessoas fossem manifestamente consideradas como “grupos de risco”, utilizou-se o material doado por elas, já que a busca por FAH era grande e elas estavam dispostas a venderem o sangue por um preço abaixo do mercado. Além do baixo preço do sangue, a doutrina indica que esses doadores de “alto risco” teriam plasma que originariam outros lucrativos produtos à base de sangue (como imunoglobulina geral e antígenos de imunoglobulina específicos, como o utilizado contra a Hepatite B), que deveria ser fabricado a partir de sangue com níveis elevados de anticorpos. O grupo procurado para esse fim também possuía um alto risco de serem portadoras de HIV ou qualquer outra doença transmissível pelo sangue, só que esse fato foi ignorado à época.¹¹

O propósito do critério de exclusão para a doação de sangue é minimizar os riscos de infecção do sangue e exposição a doenças para os níveis mais baixos possíveis. Doação de sangue por HSH (que tenham praticado sexo desprotegido) ou qualquer outra pessoa que tenha tido um comportamento de risco apenas constitui uma ameaça no que se denomina de “janela de tempo” ou “janela imunológica”, ou sejam o tempo entre a infecção inicial e detecção possível por mecanismos de rastreio. A recente disponibilidade de testes de amplificação de ácido nucleico testes reduz drasticamente este período de janela, como se indica na doutrina ¹² e foi apontado pelos requerentes na peça exordial.

Ademais, essa norma proibitiva se mostra absolutamente ineficaz e pode, inclusive, laborar no sentido oposto ao que se propõe. É importante ressaltar – como dito anteriormente – que a triagem para o vírus HIV no sangue e plasma doados são muito fiáveis na atualidade. Dito isto, importa referir que o sistema de autoidentificação

¹¹ Cf. McHENRY, Leemon; MELLAD, Khoshnood. “Blood Money: Bayer’s Inventory of HIV-Contaminated Blood Products and Third World Hemophiliacs”, *In: Accountability in Research*, vol. 21, n. 6, pp. 389-400, 2014, p. 391.

¹² Cf. CIUFO, Meredith. “Drawing Blood: Towards an EU Remedy for Blood Donation Rights”, *cit.*, p. 350.

adotado revela benefício insignificante, já que os homens podem simplesmente mentir sobre a sua história sexual, seja para doar sangue, seja para simplesmente não ter que explicar o porquê de não poderem doar. Por fim, é de se ressaltar que esse tipo de política por um lado incute medo entre os *gays* e consagra uma falsa sensação de segurança entre os heterossexuais.¹³

Uma extensa produção acadêmica e científica documenta o início da produção cultural e mediática sobre o HIV/AIDS como uma doença “do outro”, consagrando a ideia de que a infecção ligava-se a identidades localizadas fora do “*mainstream*”, afastadas da heterossexualidade “adequada”.¹⁴ Ocorre que inúmeros estudos ao redor do mundo indicam que esse estigma que se impôs aos *gays* e a conexão da *AIDS* com a orientação sexual foram responsáveis pela disseminação da doença, já que os heterossexuais se consideravam “imunes” e demoraram a adotar uma política de “sexo seguro”.

Atualmente, estima-se que cerca de metade do total de pessoas portadoras do HIV no mundo sejam do sexo feminino. Indica-se que dois terços do total de infectados heterossexuais do mundo sejam mulheres.¹⁵ Em 2006, na África Subsaariana indicou-se a existência de 24,7 milhões de infectados, dos quais 59% eram mulheres entre os 15 e os 49 anos de idade (13,3 milhões). Em 2007, o número de mulheres adultas portadoras do HIV aumentou em 61%. Praticamente a totalidade das mulheres infectadas em decorrência de relações sexuais são heterossexuais.¹⁶

Alguma doutrina afirma que o abuso físico ou sexual, normas culturais ou dependência econômica podem impedir que mulheres HIV negativo questionem os seus parceiros sobre doenças sexualmente transmissíveis ou insistam para que usem preservativo.¹⁷

¹³ Cf. PULVER, Adam R. “Gay Blood Revisionism: A Critical Analysis of Advocacy and the Gay Blood Ban”, cit., p. 119.

¹⁴ Cf. 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.

¹⁵ Cf. BUCHANAN, Kim Shayo. “When Is HIV a Crime - Sexuality, Gender and Consent”, cit., p. 1292.

¹⁶ Como indica SANTOS, Maria Teresa Cardoso dos. *A eficácia da terapêutica antirretrovírica na consulta de imunodeficiência*. Coimbra: FMUC, 2011, p. 34.

¹⁷ Neste sentido, ver BUCHANAN, Kim Shayo. “When Is HIV a Crime - Sexuality, Gender and Consent”, cit., p. 1291.

Estudos evidenciam que mesmo em sociedades tidas como “desenvolvidas” ou de “primeiro mundo”, o uso de preservativos e a prática de sexo seguro entre os heterossexuais não é satisfatória. Indica-se que a maioria dos heterossexuais não utilizam preservativos de forma consistente e efetiva durante relações sexuais (coito vaginal ou anal) com novos, casuais ou múltiplos parceiros. No Reino Unido, dados estatísticos de 2004 indicavam que apenas 46% dos homens e 37% das mulheres heterossexuais usavam preservativos com novos parceiros; 48% das mulheres e 38% dos homens nunca utilizavam; e 17% dos homens e 16% das mulheres usavam de vez em quando. Um estudo do ano 2000, realizado entre 647 estudantes heterossexuais norte-americanos indicou que 76,1% daqueles que praticavam sexo anal, nunca utilizaram preservativos durante esse tipo de relação sexual.¹⁸

O que o diretor executivo da UNAIDS chama de “revolução da prevenção” conecta-se muito mais à igualdade de gênero do que à orientação sexual das pessoas. Nas palavras de Michel Sidibé, essa revolução depende de uma mudança social e transformadora, e a igualdade de gênero possui papel relevante nessa evolução. Aponta que mulheres jovens são excepcionalmente vulneráveis ao vírus, estimando que elas sejam vítimas de 22% de todas as novas infecções de HIV (números de 2011). Afirma que a desigualdade de gênero, violações dos direitos humanos e violência sexual sujeitam meninas e mulheres a um maior risco de infecção por HIV e continuam a impedir um progresso maior na resposta à AIDS.¹⁹

O que as estatísticas revelam é que a vedação da doação de sangue por homens homo e bissexuais se baseiam: em discriminação, ao invés de ciência; na busca de culpados e *bodes expiatórios*, ao invés de igualdade; no fomento da paranoia, ao invés da dignidade.²⁰

Como indica Maria Berenice Dias, “se for se pensar em números, todas as pessoas sexualmente ativas se encontrariam em ‘situação de risco acrescido’, para

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ Como indica Pulver ao citar estudo levado a cabo por estudante da Universidade de Harvard. PULVER, Adam R. “Gay Blood Revisionism: A Critical Analysis of Advocacy and the Gay Blood Ban”, *cit.*, p. 123.

utilizar a linguagem do Regulamento²¹ Técnico de Procedimentos Hemoterápicos. Isso porque o problema se concentra (ou pelo menos deveria se concentrar) no sexo (tanto vaginal, anal, como oral) desprotegido. A não utilização de preservativos é que deveria nortear toda e qualquer política de saúde voltada à segurança do sangue, plasma e hemoderivados.

Existe um senso comum de que pessoas heterossexuais – que não estejam se prostituindo ou fazendo uso de drogas – não devem se preocupar com o HIV e isso não corresponde à realidade. **Toda e qualquer pessoa, independentemente do seu gênero ou orientação sexual, deve se preocupar com doenças sexualmente transmissíveis e com a prática de sexo seguro. Práticas ou comportamentos de risco podem levar ao contágio e transmissão de HIV por qualquer pessoa: homem ou mulher; cis ou transgênero; hetero, homo ou bissexual. A tônica das políticas públicas e normas relativas à doação de sangue deve ser focalizada em comportamentos objetivos e não nos elementos da personalidade ou da identidade sexual das pessoas.**

2. A afronta constitucional

2.1 Direito à vida e à saúde dos doadores e dos que deixam de receber o sangue

Como é sabido a vulnerabilidade das minorias sexuais é tamanha, que as consequências da intolerância implicam, não raras vezes, no comprometimento do próprio direito à vida. E tal ideia não possui qualquer relação com os crimes de ódio aos quais os LGBTI estão sujeitos diariamente. A violação do direito à vida também poderá ocorrer sem que haja morte física propriamente dita.

A pessoa que não pode exercer livremente o seu direito à livre orientação sexual “recebe uma verdadeira pena de morte de sua sexualidade”. Pessoas impedidas de exercitar livremente a sua sexualidade “vivem com medo, angústia, pânico e temor, além de sofrerem risco de morte e danos psíquicos sérios,

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 337.

dependendo do caso”.²²

Além disso, como contrapartida ao altruísmo de se doar sangue, em muitos lugares do mundo oferece-se aos doadores de sangue um mini *check-up* ou exames para doenças como: Doença de Chagas; Hepatite B e C; HIV-I e II, Vírus Linfotrópico da Célula T Humana; Sífilis; Vírus do Nilo Ocidental.²³ Importantes investigações apontam que a doação de sangue está ligada a reduções de ataques cardíacos, cardiopatias diversas, acidentes vasculares cerebrais, doenças cardiovasculares, diabetes tipo II, e vários tipos de câncer.²⁴

Tendo em vista que doar sangue propicia aos doadores esses benefícios, a negação da oportunidade de doar sangue configura a negação de serviços, vantagens e privilégios diretamente relacionados ao direito fundamental à saúde e à própria vida.

Os números dos hemocentros e bancos de sangue indicam uma escassez progressiva de sangue, plasma e hemoderivados. Como referido anteriormente, com o aumento da expectativa de vida e com o envelhecimento da população, a cada dia se precisará de mais sangue. De acordo com dados do Observatório Nacional de Segurança Viária, o Brasil é o campeão mundial em acidentes de trânsito, com um custo social (em 2015) de mais de 60 bilhões de reais. Segundo a Organização Mundial da Saúde, mais de 41 mil pessoas perderam a vida em acidentes de trânsito nas estradas brasileiras em 2013. Em 2014, 760 mil indenizações do DPVAT foram pagas para as vítimas de acidentes. Segundo o IPEA, em 2014 ocorreram 169.163 acidentes em estradas federais, com 100.000 feridos e um quarto de todos os acidentados com lesões graves.

Em virtude de acidentes trânsito e outras situações que demandem intervenção cirúrgica que, quase invariavelmente, necessitam de transfusões

²² GORISCH, Patricia. *O reconhecimento dos direitos humanos LGBT*, cit., p. 64-65.

²³ Na Fundação Hemope, os exames realizados são: tipagem sanguínea, sorologia e NAT (teste do ácido nucleico) para hepatite C e HIV (vírus da Aids), sorologia para hepatite B, doença de Chagas, sífilis, e HTLV. Cf. <http://www.hemope.pe.gov.br>

De acordo com o art. 130 da Resolução n. 158/2016 do Ministério da Saúde:

Art. 130. É obrigatória a realização de exames laboratoriais de alta sensibilidade a cada doação, para detecção de marcadores para as seguintes infecções transmissíveis pelo sangue, cumprindo-se ainda, os algoritmos descritos no Anexo V para cada marcador: I - sífilis; II - doença de Chagas; III - hepatite B; V - hepatite C; V - AIDS; e VI - HTLV I/II.

²⁴ Cf. NELSON, Ryan H. “An Indirect Challenge to the FDA's Gay Blood Ban”, cit., p. 5.

sanguíneas. O baixo estoque de sangue acarreta em adiamento e cancelamento de cirurgias eletivas; no caso de emergências, o déficit de sangue poderá ser fatal.

Em todos os casos, no adiamento ou cancelamento de cirurgias eletivas ou emergenciais, haverá sempre um prejuízo ao paciente. Nos casos mais graves, poderá existir danos irreparáveis e até mesmo a morte. Como afirma Maria Berenice Dias, “doar sangue é doar vida! E todos têm não só o dever de serem cidadãos, mas também o direito de exercer cidadania doando sangue. Sonegar vida a quem depende de sangue de alguém que está pronto a doar tem sequela ainda mais perversa: é crime, é um crime de morte, praticado por quem tem a obrigação de garantir a vida!”²⁵

Nesse sentido, o anteprojeto de lei do Estatuto da Diversidade Sexual²⁶ (elaborado pela Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, com participação de membros mais de 60 comissões das seccionais e subseções, sendo muitos deles membros da diretoria nacional e associados do IBDFAM) indica no art. 51 que a orientação sexual ou identidade de gênero não podem ser usadas como critério para seleção de doadores de sangue. Como apontado pelos autores da ação na peça vestibular, a própria Comissão Especial da Diversidade Sexual do CFOAB requereu ao Ministério da saúde a revogação ou alteração do dispositivo discriminatório. Todavia, não obteve sucesso.

Resta agora que o Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Constituição, compreenda que **a vedação de doação de sangue por homens gays e bissexuais, assim como aos LGBTI, configura também uma afronta ao direito à vida e à saúde daqueles que deixam de receber os quase 19 milhões de sangue que deixam de ser doados todos os anos.**

2.2 Dignidade da Pessoa Humana

Diante das restrições impostas pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA, para que os homens que praticam sexo com homens (HSH) possam doar sangue, praticamente lhes é exigido que mudem de orientação sexual se quiserem ser solidários e ajudar o próximo. Para exercerem um direito-dever moral e cívico (e

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*, cit., p. 338.

²⁶ <http://www.estatutodiversidadesexual.com.br/p/estatuto.html> acesso em 11/06/2016.

altruisticamente doarem algo que pode – sem qualquer exagero – salvar a vida de uma ou mais pessoas), lhes é imposta a abstinência sexual de um ano.

Tal imposição viola a ideia de um direito democrático da sexualidade e a livre orientação sexual, menoscabando a dignidade humana, princípio constitucional inscrito no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Como advertem J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

A dignidade humana não é jurídico-constitucionalmente apenas um princípio-limite. Ela tem um *valor próprio* e uma *dimensão normativa* específicos. Desde logo, está na base de concretização do *princípio antrópico ou personocêntrico*, inerente a muitos direitos fundamentais (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal, direito à identidade genética). Por outro lado, alimenta materialmente o princípio da igualdade, proibindo qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidades.²⁷

Como já advertiu o Ministro Marco Aurélio, por ocasião do julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, impor a alguém uma mudança em sua orientação sexual “demonstra menosprezo à dignidade” e “esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual”.²⁸

Como advertem Jorge Miranda e Rui Medeiros, “a dignidade da pessoa é dignidade da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é um ser ideal e abstracto”. É a pessoa “tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”.²⁹

O princípio da dignidade humana deve ser concretizado sob as mais diversas nuances afeitas à pessoa de “carne e osso”;³⁰ a homossexualidade e a bissexualidade constituem formas legítimas de manifestação da sexualidade e, portanto, da pessoa

²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4. ed., rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 198-199.

²⁸ Ministro Marco Aurélio, voto na ADPF 132/ADI 4277, p. 15.

²⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, T. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 80-81.

³⁰ GIRARDI, Viviane. “Direito fundamental à própria sexualidade”, *In*: Maria Berenice Dias (Coord). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

humana. Assim, o exercício da sexualidade, consoante a orientação sexual de cada indivíduo, vincula-se a um dos mais relevantes aspectos existenciais, estando intimamente ligado à ideia de dignidade humana.

Diante dos avanços da Medicina no que diz respeito ao conhecimento sobre a transmissão da *AIDS*, além das técnicas disponíveis para investigar a existência do vírus no sangue, plasma e outros hemoderivados, podemos dizer que só um preconceito indisfarçavelmente homofóbico e um absoluto desacato à dignidade humana dos *gays* e bissexuais masculinos podem justificar a manutenção das regras que os proíbem de doar sangue. Tais disposições afrontam violentamente os mandamentos constitucionais da República Federativa do Brasil.

A revogação da política de proibição de doação de sangue por HSH representa não apenas um ganho para a sociedade em geral – com o aumento do estoque disponível de sangue, mas para os *gays* e bissexuais masculinos, que se livrariam de um velho estigma e poderiam abraçar o dever cívico e moral de doar sangue, de doar vida. Condicionar a doação de sangue do homem homossexual ou bissexual a um celibato (ainda que temporário) é conferir-lhes tratamento indigno pelo simples fato de relacionarem-se afetivo e sexualmente com iguais.

Não obstante a homossexualidade exista desde que o mundo é mundo, e a orientação homossexual tenha deixado de ser considerada doença pela Organização Mundial da Saúde desde 1990, os *gays* ainda são considerados portadores em potencial de doenças sexualmente transmissíveis, o que termina por reprimatizar a ideia da homossexualidade como doença. Esse juízo normativo e discriminatório termina por revelar uma distinção e hierarquização de dignidades. Todavia, como advertem Canotilho e Vital Moreira:

A dimensão intrínseca e autónoma da dignidade da pessoa humana articula-se com a liberdade de conformação e de orientação de vida segundo o projecto espiritual de cada pessoa, o que aponta para a necessidade de, não obstante a existência de uma *constante antropológica*, haver uma abertura às novas exigências da própria pessoa humana.

O ideal de felicidade – com uma vivência completa e digna – jamais conseguirá ser atingido na ausência da liberdade no exercício da sexualidade, de um

direito democrático da sexualidade.³¹ Além da sexualidade, a felicidade possui ligação visceral com o amor. Amor e felicidade estão na essência e no âmago de todos os grandes sistemas filosóficos.³² Obstar que uma pessoa deposite o seu afeto e exercite a sua sexualidade onde reside o seu desejo é o mesmo que subtrair-lhe a alma, que subjuguá-la e transformá-la em uma “*engrenagem do sistema*”.³³

A Constituição Federal de 1988, embora não trate explicitamente do Direito à felicidade, respalda e fundamenta o seu reconhecimento, na medida em que busca efetivar o macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Aliás, tal ideia foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277. O Ministro Celso de Mello em seu voto afirmou que o direito à busca da felicidade constitui um genuíno postulado constitucional implícito, “**como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana**”³⁴. O decano do STF asseverou ainda no mesmo voto que:

O postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer,

³¹ Cf. CHAVES, Marianna. Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, União, Casamento e Parentalidade. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 92.

³² E também das religiões. Nas palavras de Barroso, “o amor a Deus, para os que creem. O amor incondicional dos pais pelos filhos. O amor dos filhos pelos pais. **O amor ao próximo, essa bênção que é o sentimento de fraternidade.** O amor próprio, que dá paz e segurança nos caminhos da vida; mas não o amor narcísico, que é o amor de quem basta a si mesmo. E, por fim, muito importante, o amor apaixonado de um homem por uma mulher, de uma mulher por um homem, de uma pessoa por uma pessoa. **A vida boa é feita dos nossos afetos, dos prazeres legítimos e da busca pela felicidade. Qualquer maneira de amar vale a pena e ninguém, nessa vida, deve ser diminuído em razão dos seus afetos**”. BARROSO, Luís Roberto. “O direito de amar e de ser feliz”, *In*: FERRAZ, Carolina Valença *et al* (Coords.). *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, pp. 23-28, 2013, p. 24.

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

³⁴ O Ministro qualificou ainda o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas, com base na lição de Stephanie Driver. A autora citada pelo Ministro afirma que, “em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica”. DRIVER, Stephanie Schwartz. A Declaração de Independência dos Estados Unidos. Mariluce Pessoa (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 32-35 *apud* MELLO, Celso de. Voto na ADPF 132 e ADI 4277, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.



Instituto Brasileiro de Direito de Família

afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.³⁵

Desta forma, pode-se afirmar que a ligação explícita³⁶ que a Constituição Federal brasileira faz entre dignidade humana e bem-estar termina por revelar um princípio constitucional implícito da busca da felicidade. Na hipótese de aprovação do PLS 470/2013 (Estatuto das Famílias), esse princípio será legislativamente consagrado, já que o Art. 5º, VII indica como um dos princípios fundamentais para a interpretação e aplicação do EDS, o direito à busca da felicidade e ao bem-estar.

Como indica a introdução aos *Princípios de Yogyakarta*³⁷ (*sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação Sexual e identidade de gênero*), fruto de um encontro que reuniu 29 especialistas de 25 países diferentes, inclusive o Brasil, na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006): Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. **A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.**

O documento internacional que, efetivamente, representa um divisor de águas nessa matéria é a Resolução do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas intitulada “*Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*” (Resolução 17/19), que tratou pela primeira vez, de modo direto, questões relacionadas à população LGBTI. Essa resolução foi apresentada em 2011, na África do Sul. É caracteristicamente histórica, pelo fato de ter considerado os direitos LGBTI como direitos humanos. **Desta maneira, de tal texto resulta a ideia de que o país que não zelar pelos seus cidadãos LGBTI, estará desrespeitando os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e diversos outros documentos internacionais.** Esse documento causou impactos consideráveis no Brasil e em

³⁵ Cf. Voto Ministro Celso de Mello na ADPF 132 e ADI 4277.

³⁶ Cf. CF, art. 230.

³⁷ http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf acesso em 11/06/2016.

outros lugares do mundo:³⁸

As obrigações legais dos Estados de proteger os direitos humanos de pessoas LGBT e intersexo estão bem estabelecidas no regime internacional de direitos humanos baseado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e posteriormente acordados nos tratados internacionais sobre o tema. Todas as pessoas, independente de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, têm direito de gozar da proteção assegurada pelo regime internacional dos direitos humanos, inclusive em relação aos direitos à vida, à segurança pessoal e à privacidade, o direito de ser livre de tortura, detenções e prisões arbitrárias, o direito de ser livre de discriminação e o direito às liberdades de expressão, de reunião e de associação pacífica.³⁹

Portando, pode-se afirmar que as normas da ANVISA e do Ministério da Saúde que impedem a doação de sangue por homens *gays* e bissexuais materializam uma vedação arbitrária e abusiva. **Tais dispositivos representam uma afronta à dignidade dessas pessoas (protegida pela Constituição Federal e tratados internacionais), diminuídas (em sua cidadania, solidariedade e fraternidade) única e exclusivamente em razão da orientação sexual, sem qualquer fundamento científico que justifique a diferenciação imposta.**

2.3 Liberdade

A Constituição Federal indica no art. 3º, que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade

³⁸ Como Patrícia Gorisch indica, ainda que as resoluções só sejam vinculativas a um Estado depois de aceitação expressa ou tácita, é de se notar que a Resolução em comento possui aceitação tácita pelo Brasil, que foi um dos propositores originais. Desta forma, em nome do princípio da boa-fé, do *pacta sunt servanda* e da prevalência dos Direitos Humanos, além do próprio desejo do Estado brasileiro depreendido do ato da propositura, a Resolução é obrigatória em território brasileiro. Assim, o Brasil deve respeitar, reconhecer e implementar políticas públicas de proteção à população LGBTI. Cf. GORISCH, Patricia. *O reconhecimento dos direitos humanos LGBT*, cit., p. 44-45.

³⁹ http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf acesso em 11/06/2016.

“livre, justa e solidária”. O Estado brasileiro termina por condicionar o exercício da solidariedade dos *gays* e bissexuais masculinos e por consequência os LGBTI, consubstanciado no ato de doar sangue, a uma limitação à liberdade no exercício da sexualidade. Será que tal medida pode ser considerada justa? Não nos parece.

O princípio da liberdade se consubstancia, hodiernamente, em uma perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade se traduz, cada vez mais, na ideia de poder realizar, sem intervenção de qualquer natureza, as próprias escolhas individuais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier.⁴⁰ Na feliz assertiva de Paulo Dourado de Gusmão, “o homem é, por essência, liberdade”⁴¹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é uma *soft law* com força e eficácia de *hard law*, preconiza em seu artigo 19:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui as liberdades de, sem interferências, ter opiniões e procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Assim como o Pacto de Direitos Civis e Políticos retificado pelo Brasil pós ditadura militar, que garante o direito à liberdade de expressão:

Artigo 19(2): Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; este direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de fronteiras, sob forma oral ou por escrito, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio à sua escolha.

⁴⁰ Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito*, cit., p. 82.

⁴¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 127.

No contexto do artigo 19, os procedimentos especiais das Nações Unidas reafirmaram que o direito à liberdade de expressão é um direito assegurado a todos, independente de orientação sexual e/ou identidade de gênero.⁴²

Nas palavras de Maria Berenice Dias, “em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hetero ou homossexual. Há a liberdade de extinguir ou dissolver o casamento e a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio”⁴³. Como advertiu a Ministra Carmen Lúcia em seu voto no julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar:

(O) que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos.

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

(...)

Garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição) há que se assegurar que o seu exercício não possa ser tolhido, porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá com a mão direita para tirar com a esquerda.⁴⁴

O direito à autonomia privada e à liberdade de escolha (neste caso, liberdade como exercer a sexualidade harmonizando-a com a sua orientação sexual) só poderia – nesse caso específico – ser mitigado ou suprimido por razões de ordem pública, nomeadamente a proteção da saúde e da vida dos cidadãos que farão uso de sangue, plasma e hemoderivados.

Ocorre que, como já foi referido, não há qualquer justificação científica válida que sustente essa hipótese. Pessoas que praticam sexo não seguro ou desprotegido são aquelas que estão mais suscetíveis ou vulneráveis ao contágio de doenças

⁴² Idem ref.42.

⁴³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61.

⁴⁴ Ministra Carmen Lúcia, voto na ADPF 132/ADI 4277, pp. 6-7.

sexualmente transmissíveis, incluindo-se a *AIDS*.

Além do mais, não se pode presumir, pelo simples fato de um homem se declarar homossexual, que ele pratique o coito anal (de maneira ativa ou passiva)⁴⁵ e, menos ainda, que o faça de forma desprotegida, que é o que efetivamente representa uma ameaça no domínio do contágio e propagação de doenças sexualmente transmissíveis.

2.4 Igualdade e não discriminação

Visceralmente ligado ao princípio da liberdade, está o princípio da igualdade, uma vez que só existe liberdade se existir, em concomitância e igual proporção, isonomia. “Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade”⁴⁶. Como adverte Rodrigo da Cunha Pereira, sem a igualdade, que está intrinsecamente vinculada à cidadania, “não há dignidade do sujeito de direito”,⁴⁷ não sendo possível falar em justiça.

O direito à igualdade nos assegura o direito a sermos humanos, com respeito às nossas diferenças e singularidades. “Um direito democrático da sexualidade – nacional, europeu ou internacional – fundamentado nas máximas dos direitos humanos e nos direitos fundamentais constitucionais, deve levar ao reconhecimento isonômico das diversas manifestações humanas da sexualidade, entre elas, a homossexualidade”.⁴⁸

Aliás, o direito à sexualidade é considerado pela doutrina como um direito de terceira geração, que engloba os direitos originários da natureza humana, considerados não individualmente, mas genericamente. Importa ressaltar que **a realização completa da humanidade engloba todos os ângulos e aspectos indispensáveis à salvaguarda da dignidade humana e abarca o direito de toda pessoa de exigir**

⁴⁵ 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

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, cit., p. 61.

⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 140.

⁴⁸ Cfr. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito*, cit., p. 115.

respeito ao livre exercício da sua sexualidade. Se trata de um direito de solidariedade, sem o qual a condição humana não se efetiva, não se completa.⁴⁹

O 2º Princípio de Yogyakarta dispõe que:

Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. **Todos e todas têm direito à igualdade perante à lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano.** A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações.

A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivos ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico.

O princípio da igualdade e o princípio da não discriminação, nessa questão, são afrontados de duas maneiras. Em um primeiro plano, diferencia-se os heterossexuais dos homossexuais e bissexuais; em um segundo momento, distingue-se homens das mulheres, perpetuando uma ideia de imunidade feminina (das lésbicas e bissexuais). Não obstante a transmissão de *AIDS* entre lésbicas seja extremamente rara, não é impossível.⁵⁰ Fluidos vaginais possuem o potencial de transmissão de qualquer doença sexualmente transmissível entre mulheres, colocando em causa o mito da imunidade homossexual feminina.⁵¹ No domínio da heterossexualidade,

⁴⁹ Cf. GORISCH, Patrícia. *O Reconhecimento dos Direitos Humanos LGBT: De Stonewall à ONU*. Curitiba: Appris, 2014, p. 70.

⁵⁰ De acordo com estudos, muito embora a transmissão de *AIDS* entre mulheres seja incrivelmente rara, pode ocorrer através do sexo oral, do compartilhamento de apetrechos sexuais ou pela prática de *fisting*. Neste sentido, cf. AIDS MAP. “Female-to-female sexual transmission”. Disponível em: <http://www.aidsmap.com/Female-to-female-sexual-transmission/page/1323529/>. Acesso em: 10/06/2016.

⁵¹ Uma investigação de uma década e meia atrás indica que a exposição da mulher aos fluidos menstruais ou vaginais da parceira possui o potencial de transmitir o HIV e que a larga maioria das mulheres não usa qualquer tipo de barreira, mesmo quando a parceira encontra-se no período menstrual. Cf.

assiste-se a um assombroso aumento de mulheres infectadas, como já referido.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe o direito à não discriminação:

Art. 2: Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo 7: Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção desta. Todos e todas têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 12: Ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação.

Não se pode simplesmente presumir que homens homossexuais e bissexuais sejam portadores de doenças sexualmente transmissíveis ou do vírus HIV, sem qualquer análise minuciosa do seu comportamento e práticas sexuais, tais como a utilização rigorosa de preservativo e a vivência em uma relação estável e monogâmica.⁵²

É certo que o risco de transmissão do vírus HIV e outras DSTs é maior no sexo anal, mas essa prática sexual não é uma prerrogativa masculina. Indica-se em estudos que um número significativo de heterossexuais que mantem relações anais tendem a usar o preservativo com uma frequência menor em comparação ao sexo vaginal, o que poderá ter contribuído (e continuar a contribuir) para a disseminação da *AIDS* entre heterossexuais.⁵³

MONTCALM, Denise M.; MYER, Laura L. “Lesbian Immunity from HIV/AIDS: Fact or Fiction?”, *In: Journal of Lesbian Studies*, vol. 4, n. 2, pp. 131-147, 2000, p. 144.

⁵² Cf. DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 337.

⁵³ Estima-se que o risco seria 18 vezes maior. Cfr. PEBODY, Roger. “O risco de transmissão do HIV durante o sexo anal é 18 superior ao do sexo vaginal”. Disponível em: <http://www.aidsmap.com/O-risco-de-transmissao-do-VIH-durante-o-sexo-anal-e-18-superior-ao-do-sexo-vaginal/page/1446285/> Acesso em: 10/06/2016.

Dito de outra forma, são práticas objetivas e concretas que devem ser analisadas e discutidas como fatores de risco, não qualquer tipo de presunção relativa a uma orientação sexual ou gênero. Pertencer a uma determinada orientação sexual ou determinado gênero não oferece qualquer elemento concreto para informar o risco pessoal de um indivíduo estar infectado pelo HIV. Criar e propagar presunções sobre o tipo de prática sexual que uma pessoa desempenha, baseado única e exclusivamente no fato dela ter uma ou outra orientação sexual é um reducionismo simplório e irrealista.⁵⁴ Como afirma Maria Berenice Dias sobre as regras brasileiras:

A discriminação contida nesta previsão é facilmente verificável. Basta perquirir a razão que ensejou a inclusão da prática homossexual masculina como hipótese de situação de risco, a ponto de tornar o candidato inapto à doação por doenças sexualmente transmissíveis. A única resposta razoável é que a prática de sexo anal eleva o risco de contágio por doenças sexualmente transmissíveis. A regra sequer questiona se o sujeito é ativo ou passivo da referida prática. Ou seja, não é a orientação homossexual a situação de risco, e, sim, a natureza do ato sexual praticado. No entanto, não são questionados todos os candidatos – homens e mulheres – se praticaram sexo anal nos últimos 12 meses. A pergunta é dirigida exclusivamente à população masculina se manteve relação sexual com outros homens, como se heterossexuais não realizassem coito anal.⁵⁵

Homens *gays* ou bissexuais podem simplesmente não praticar qualquer tipo de ato considerado como conduta de risco e mulheres heterossexuais podem. **É preciso concentrar a investigação nos comportamentos de risco e não na orientação sexual das pessoas.** Se é certo que o coito anal desprotegido é uma forma eficiente de transmitir o HIV, também é indubitável que essa prática pode fazer parte de relações homo ou heteroafetivas. O risco em uma relação sexual desprotegida existe, mas independe da orientação sexual ou gênero dos indivíduos envolvidos.⁵⁶

O princípio da não discriminação está também preconizado no Pacto

⁵⁴ Cf. PARTINGTON, Keith Nathaniel. “Heterosexual HIV transmission: ethics of disinformation and the importance of adhering to an evidence-based approach in psychotherapeutic practice”, cit., p. 425.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*, cit., p. 337.

⁵⁶ Cf. AIDSMAP. “Anal intercourse between men and women”. Disponível em: <http://www.aidsmap.com/Anal-intercourse-between-men-and-women/page/1324426/> Acesso em: 10/06/2016.

Internacional de Direitos Civis e Políticos em diversos artigos, nos quais destacamos:

Artigo 2(1): Cada Estado membro do presente Pacto compromete-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição.

Artigo 17: Ninguém poderá ser objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais a sua honra e reputação.

Artigo 26: Todas as pessoas são iguais perante a lei e tem direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, de origem nacional ou social, de propriedade, de nascimento ou de qualquer outra situação.

Como já advertiu a Ministra Carmen Lúcia, em seu voto no julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, ninguém que esteja em uma união homoafetiva ou seja homossexual pode “ser desigualado em sua cidadania” ou ser considerado como um “cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo”.⁵⁷

O Brasil, não obstante tenha reconhecido as uniões homoafetivas como

⁵⁷ Ministra Carmen Lúcia, voto na ADPF 132/ADI 4277, pp. 7-8.

entidades familiares, termina por considerar o sangue dos homens *gays* ou bissexuais como algo de segunda categoria, não importando o quão saudáveis, sexualmente precavidos esses homens sejam ou o quão estáveis suas vidas afetivas ou sexuais sejam. Pelas normas brasileiras eles são doentes em potencial, independentemente das suas práticas ou condutas. Para salvar vidas, eles simplesmente não servem.

Todavia, diante de tudo que foi exposto até aqui, é patente que a diferenciação entre hetero, homo e bissexuais, e entre homens e mulheres é arbitrária e fere de morte os princípios da igualdade, da não discriminação e da privacidade. “A arbitrariedade revela-se na medida em que o vetor de diferenciação não evidencia racionalidade diante do objetivo perseguido”.⁵⁸

E nesse caso, a distinção de tratamento não é racional ou lógica e não se harmoniza com os achados das investigações científicas atuais. Isso porque o elemento que se supõe ser exclusivo aos homens homossexuais e bissexuais (sexo anal desprotegido) também é praticado por mulheres e homens heterossexuais. O sexo anal desprotegido pode resultar no contágio e disseminação do vírus HIV e tantas outras doenças sexualmente transmissíveis, por homens e mulheres, independentemente da orientação sexual ou gênero.

2.5 Proporcionalidade

Como afirmado pela doutrina estrangeira que defende a extinção de proibições à doação de sangue por *gays* e bissexuais masculinos, essa política é “arbitrária e caprichosa”,⁵⁹ desconsiderando os padrões atuais de transmissão do vírus HIV na atualidade.

É imperioso destacar que, relativamente ao vírus HIV e à *AIDS*, qualquer risco é importante e não deve ser desconsiderado. Ocorre que os rótulos terminam por deslocar o foco do risco apresentado por determinados comportamentos e práticas,

⁵⁸ CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito*, cit., p. 92.

⁵⁹ McADAM, Christopher; PARKER, Logan. “An Antiquated Perspective: Lifetime Ban for MSM Blood Donations No Longer Global Norm”, *In: DePaul Journal of Health Care Law*, vol. 16, n. 1, pp. 21-66, 2014, p. 22.

para noções estereotipadas sobre estilos de vida e orientação sexual,⁶⁰ o que termina por “estigmatizar” determinados grupos (como *gays* e bissexuais masculinos) e “imunizar” outros (como mulheres hetero, homo ou bissexuais).

Essa lógica é nefasta em todos os aspectos. Por um lado, termina por desconsiderar um determinado grupo na hora da elaboração de políticas públicas e campanhas de prevenção e por outro, desperdiça uma enorme quantidade de sangue e hemoderivados que, não obstante tenham como origem homens saudáveis, é rejeitada unicamente em virtude da orientação sexual dos potenciais doadores, sem levar em consideração outros elementos.

O vírus HIV e a *AIDS* constituem, indubitavelmente, uma ameaça real à saúde, qualidade e expectativa de vida. É cientificamente comprovado que alguns comportamentos sexuais – tais como relação desprotegida com um parceiro infectado – podem resultar em infecção e disseminação do vírus. Todavia é imperioso ressaltar que esse juízo se aplica **INDEPENDENTEMENTE DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DAS PARTES**.⁶¹

Por isso **é preciso que as políticas públicas de saúde se dirijam ao sexo desprotegido e, conseqüentemente, não seguro: entre homens e mulheres; heterossexuais, homossexuais ou bissexuais; cis ou transgêneros; jovens ou adultos.**

No senso comum e social há uma patente confusão entre risco de gravidez e risco de contágio por doenças sexualmente transmissíveis (se não há risco de gravidez, não há necessidade de preservativo), além de uma ligação de comportamentos de risco (como sexo anal desprotegido) a um único gênero (masculino). Por todo o exposto, essa postura normativa deve ser urgentemente revista. As restrições devem se vincular ao comportamento dos potenciais doadores, independentemente do gênero ao qual pertençam e da orientação sexual que tenham.

⁶⁰ Cf. MONTCALM, Denise M.; MYER, Laura L. “Lesbian Immunity from HIV/AIDS: Fact or Fiction?”, cit., p. 145.

⁶¹ Neste sentido, ver PARTINGTON, Keith Nathaniel. “Heterosexual HIV transmission: ethics of disinformation and the importance of adhering to an evidence-based approach in psychotherapeutic practice”, cit., p. 420.

Ademais, como pontuado na petição inicial do presente feito, a Portaria n. 158, de 04 de Fevereiro de 2016 já elenca critérios restritíssimos para a doação de sangue, como a vedação temporária (por um ano) às pessoas que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros. Note-se que a Resolução sequer fala sobre o uso ou não de preservativos. Esteve ocasionalmente com alguém? Não pode doar sangue. Não há qualquer indicação sobre a orientação sexual, identidade de gênero ou gênero da pessoa.

Esse dispositivo já se mostra suficiente para obstar a doação de sangue por pessoas que não estejam em relações estáveis ou monogâmicas, afastando por completo qualquer risco vinculado à subjetiva ideia de promiscuidade, ligada à multiplicidade de parceiros sexuais.

IV. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, em nome de sua representatividade, vem provocar a sensibilidade social de Vossa Excelência e requerer:

- a) a sua admissão na qualidade de *amicus curiae*;
- b) que lhe seja assegurado o direito de proferir sustentação oral quando do julgamento da ação e em audiências públicas eventualmente realizadas;
- c) que seja declarada a inconstitucionalidade das normas que vedam a doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais, nomeadamente o art. 64, IV da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução RDC n. 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

De Belo Horizonte para Brasília, 12 de Junho de 2016.

Rodrigo da Cunha Pereira
Presidente Nacional do IBDFAM
OAB/MG nº 37.728

Maria Berenice Dias
Vice-Presidente Nacional do IBDFAM
OAB/RS nº 74.024



Instituto Brasileiro de *Direito de Família*

Marianna Chaves⁶²
OAB/PB 13.386

Patrícia Gorisch⁶³
OAB/SP 174.590

Ronner Botelho Soares
OAB/MG 117094

⁶² Nome social de Marianna de Almeida Chaves Pereira Lima

⁶³ Nome social de Patricia Cristina Vasques de Souza Gorisch