

PROTEÇÃO DO GRUPO VULNERÁVEL LGBTI EM FACE DA
DISCRIMINAÇÃO: A RELEVÂNCIA DE DOCUMENTOS
INTERNACIONAIS PARA A AUTORIZAÇÃO DA DOAÇÃO DE SANGUE
POR ESTAS PESSOAS, NO BRASIL

*PROTECTION OF THE VULNERABLE LGBTI GROUP IN FACE OF
DISCRIMINATION: THE RELEVANCE OF INTERNATIONAL
DOCUMENTS FOR THE AUTHORIZATION OF BLOOD DONATION BY
THESE PEOPLE, IN BRAZIL*

**ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO DE MORAES BAHIA¹
JOÃO MATHEUS AMARO DE SOUSA²**

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal (STF), em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543/DF, no exercício da sua função contramajoritária, reconheceu a inconstitucionalidade das normas que restringiam a doação de sangue ao grupo vulnerável LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexuais etc.) por considerá-las injustificadamente discriminatórias. Por vias reflexas, construiu permissivo para a realização do ato altruístico por estas pessoas, amparado no direito internacional dos direitos humanos. Assim, desenvolveu-se pesquisa bibliográfica e documental, com método hipotético-dedutivo, para desvendar a importância dos tratados para a proteção internacional dos direitos humanos dos indivíduos que não se adequam ao padrão heteronormativo e cisgênero, ao mesmo tempo se analisa a conformidade ou não dessa manifestação do STF com a doutrina *Chenery*. Ao final, vislumbrou-se que a decisão abriu espaço para uma aplicação mais frequente dos documentos internacionais por parte do Poder Público (o que inclui todos os poderes constituídos) de modo a fortalecer a tutela à pessoa humana. Constatou-se ainda que a supramencionada construção judicial não repeliu a doutrina *Chenery*, posto que não se inseriu no seu âmbito de aplicação. Nesse entender, legítima a atuação do STF ao promover a isonomia substancial.

Palavras-chave: Grupo vulnerável LGBTI. Proteção internacional dos direitos humanos. Não discriminação. Doação de sangue por pessoas homoafetivas.

ABSTRACT: The Supreme Federal Court (STF), in the headquarters of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) nº 5543 / DF, in the exercise of its countermajoritarian function, recognized the unconstitutionality of the rules that

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professor Adjunto na Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP e IBMEC-BH. E-mail: alexandre@ufop.edu.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2877462978948032>.

² Mestrando em Direito Constitucional Público e Teoria Política pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Premiado com a Bolsa Yolanda Queiroz. Mérito acadêmico 2019.2. Graduado em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza. E-mail: matheusamaro15@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7530486832086965>.

restricted blood donation to the vulnerable LGBTI group (lesbians, gay, bisexual, transsexual, intersex, etc.) for considering them unjustifiably discriminatory. Through reflexes, he built permissiveness for the realization of the altruistic act by these people, supported by international human rights law. Thus, bibliographical and documentary research was developed, using a hypothetical-deductive method, to unveil the importance of treaties for the international protection of human rights of individuals who do not conform to the heteronormative and cisgender standard, while at the same time analyzing compliance or not. this manifestation of the STF with the Chenery doctrine. In the end, it was glimpsed that the decision opened space for a more frequent application of international documents by the Government (which includes all constituted powers) in order to strengthen the protection of the human person. It was also found that the aforementioned judicial construction did not repel the Chenery doctrine, since it did not fall within its scope. In this understanding, the STF's performance in promoting substantial equality is legitimate.

Keywords: Vulnerable LGBTI group. International protection of human rights. Non-discrimination. Blood donation by homoaffective people.

INTRODUÇÃO

Inobstante o emprego da expressão minorias sexuais para fazer referências às pessoas LGBTI, isto é – lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexuais etc. – em verdade, constituem grupo em situação de vulnerabilidade. Este estado/condição deriva, sobretudo, da posição de subcidadania e de um padrão heteronormativo e cisgênero enraizado na cultura da comunidade. Destarte, a existência dessas pessoas está constantemente submetida a empecilhos que embaraçam o livre exercício dos direitos de personalidade.

Prova disso, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 13 de junho de 2019, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF, reconheceu a mora inconstitucional em editar tipo penal incriminador da homofobia e transfobia. Percebe-se, pois, que os referidos obstáculos ao desenvolvimento da pessoa humana não são perpetrados exclusivamente por particulares, senão também pelo próprio Estado, na aquiescência ainda que indireta das violações.

Nesse contexto, o Poder Judiciário assume papel relevante na efetivação das normas constitucionais e convencionais, no desempenho de sua função contramajoritária. Guiado pela consciência da unidade do sistema jurídico e pela complementaridade da ordem interna com a externa – precisamente, os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte – o STF, ao julgar a Ação Direta de

Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.543/DF, declarou a inconstitucionalidade de normas restritivas de doação de sangue por pessoas LGBTI com base em diplomas internacionais.

Assim, a pesquisa tem como objeto investigar em que medida o direito internacional dos direitos humanos foi utilizado na criação do permissivo do referido ato de disposição e se essa construção viola a doutrina *chenery*.

Para realizar tal atividade investigativa, faz-se estudo bibliográfico e documental, com método hipotético-dedutivo ao passo que usa como fonte doutrina nacional e internacional, bem como documentos provenientes de órgãos estatais.

O artigo estrutura-se em três partes. De início, efetua-se análise crítica em torno do fator *discrímén* das normas impugnadas na ADI supracitada. Posteriormente, aborda-se a abertura do Estado brasileiro à tutela internacional de direitos humanos para, ao final, trazer reflexão sobre os principais documentos protetivos destinados ao grupo vulnerável LGBTI diante da discriminação.

2 ANTICIENTIFICIDADE DO FATOR DISCRÍMEN POR GRUPO E A DOCTRINA CHENERY

A segurança da doação de tecido sanguíneo é tema delicado até mesmo no debate científico. Por vezes, cientistas conservadores defendem a inaptidão de grupos para exercer o ato altruístico sob fundamento de risco elevado de transmissibilidade de Infecções Sexualmente Transmissíveis (IST) entre doadores e receptores. Reproduz, nessa medida, preconceito, visto que o avanço da ciência traz consigo instrumentos de proteção que reduzem o perigo de contaminação.

A despeito das conquistas científicas, o art. 64, inciso IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde³ e o art. 25, inciso XXX, alínea “a”, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária

³ “Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: [...]IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes [...]”. BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 158, de 14 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-158-de-4-de-fevereiro-de-2016-22301274>. Acesso em: 22 set. 2020.

(ANVISA)⁴ vedavam que pessoas LGBTI doassem sangue. O critério de restrição baseava-se na prática sexual entre homens, em razão da ideologia de que esse grupo de indivíduos é mais propenso a manter relações não estáveis e não monogâmicas, que coloca os bancos de sangue em risco.

Esse critério, todavia, carece de cientificidade por três motivos: primeiro porque foca em aspectos da sexualidade ao invés de preocupar-se com comportamento de risco; segundo por desconsiderar que pessoas heterossexuais e cisgênero também podem ser vetores de transmissão das IST e terceiro por existir preservativos e outros meios eficazes protetivos que possibilitam relações sexuais seguras inclusive com infectados⁵.

Como se percebe, o fator discrimen não merece subsistir, pois representa injustificada discriminação ao grupo de vulneráveis LGBTI e não repercute no aumento do padrão de segurança dos bancos de sangue. Permite-se dizer que ao dificultar a doação por tais indivíduos está a se desperdiçar litros sanguíneos, que possivelmente ajudariam a salvar vidas. O desequilíbrio entre oferta e demanda é mantido pela recusa desses potenciais doadores em nome de postura preconceituosa por parte dos órgãos normalizadores do procedimento de hemoterapia.

Em vista desse cenário, o STF, em 11 de maio de 2020, por maioria, julgou procedente a ADI. nº 5.543/DF para extirpar as mencionadas normas do ordenamento jurídico por incompatibilidade material com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Com esta decisão, a ordem

⁴Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: [...]XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem [...] d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes [...]”. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada nº 34, de 11 de junho de 2014. Dispõe sobre as boas práticas no ciclo de sangue. Disponível em: <https://cutt.ly/UfXZN0q>. Acesso em: 22 set. 2020.

⁵ SOUZA JÚNIOR, Edison Vitório de; CRUZ, Diego Pires; PIRÔPO, Uanderson Silva; CARICCHIO, Giovanna Maria Nascimento; SILVA, Cristiane dos Santos; FERREIRA NETO, Bráulio José; SOUZA, Átila Rodrigues; BALBINOTE, Franciele Soares; BARROS, Fernanda Luz; SANTOS, Gabriele da Silva. Proibição de doação sanguínea por pessoas homoafetivas: estudo bioético. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 28, n. 1, p. 89-97, mar. 2020. FapUNIFESP (SciELO). p. 92-93.

jurídico-constitucional passou a admitir a doação de sangue por pessoas do mesmo sexo.

Questiona-se se esta construção judicial permissiva confronta com a doutrina *Chenery*, de acordo com a qual não cabe ao Poder Judiciário, por ausência de igual expertise, rever decisões administrativas normativas que apresentam elevado grau de sofisticação e tecnicidade⁶.

Malgrado o fator *discrimen* estar previsto em atos administrativos do Ministério da Saúde e da ANVISA, não é necessário especial conhecimento do órgão julgador para verificar ausência de cientificidade do critério restritivo da doação de sangue pelo grupo LGBTI, uma vez que a razão da proibição não se justifica – pessoas heterossexuais também podem desempenhar comportamento de risco.

Então, a elaboração de permissivo pelo Poder Judiciário por intermédio da invalidação das normas inconstitucionais não repele a doutrina *Chenery*, posto que não se insere no seu âmbito de aplicação. Nesse entender, legítima a atuação do STF ao promover a isonomia substancial.

3 PROCESSO DE ABERTURA DO ESTADO BRASILEIRO À PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

Inegável a presença de cláusula de abertura da ordem jurídica brasileira ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo com a promulgação da CRFB/88, que estabeleceu no seu art. 5º, o §2º, de acordo com o qual os “[...] direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Esse dispositivo mostra que a Constituição é um projeto de inclusão de novos direitos e de novos sujeitos de direito⁷.

⁶ ESPÍNDOLA, Renata Carvalho. As políticas públicas de saúde e o mérito dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: considerações sobre a aplicabilidade da doutrina *Chenery*. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 42, n. 1, p. 10-22, jun. 2019.

⁷ “A (...) Constituição deve ser vista como lócus de disputa de narrativas e projetos políticos díspares e que, deste modo, reflete a própria ambiguidade da atuação do Poder Judiciário. A Constituição não é obra acabada, mas projeto que se coloca como à venir (no sentido dado por MOUFFE), que se reconstrói a todo tempo, como possibilidade de inclusão de novos direitos e de novos sujeitos de direito, projeto este não imune a quedas/retrocessos e que coloca a questão de sua legitimidade, então, para o futuro” (BAHIA, Alexandre; SILVA, Diogo Bacha e. O Leviatã togado: os 30 anos de

A existência dessa abertura à ordem internacional gerou discussões em torno da hierarquia dos tratados incorporados no direito interno. De um lado, autores como Antonio Augusto Cançado Trindade⁸, Flávia Piovesan⁹ defendiam o status constitucional dos tratados de direitos humanos; por outro, o STF, em sede de ADI. nº 1480/DF (MC)¹⁰, lhes atribuía nível legal.

Essa discussão ganhou novo contorno com o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, que incluiu o §3º ao art. 5º da CRFB/88¹¹, à medida que os tratados de direitos internalizados conforme o rito positivado no art. 60 da CRFB/88 equivaleriam à emenda constitucional. Portanto, seriam normas constitucionais derivadas.

No entanto, o problema persistia em torno dos tratados que não observavam ao procedimento das propostas de emenda à Constituição. Na tentativa em esvaziar o debate, o STF, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 466.434-1, decidiu que:

[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. [...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante¹².

protagonismo judicial e o devir constitucional. *In*: PEREIRA, Rodolfo V.; FERNANDES, B. Gonçalves (coord.). **Constituição, democracia e jurisdição: um panorama dos últimos 30 anos**. Belo Horizonte: IDDE, 2018, p. 13-14).

⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, n. 182, p. 27-54, 1993.

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – MC nº 1480 DF. Rel. Min. Celso de Melo, julgado 04 set. 1997. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, **18 maio 2001**.

¹¹ “[...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 1988. **DOU**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 DF. Rel. Min. Edson Fachin, julgado 11 maio 2020. **Diário de Justiça nº 211**, Brasília, DF, divulgado em 25 ago. 2020, publicado em 26 ago. 2020.

Alertam as professoras Ana Maria D'Ávila Lopes e Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab¹³ que somente após a EC nº 45/2004 houve aplicação jurisdicional e desenvolvimento doutrinário acerca do bloco de constitucionalidade – normas que ao lado da Constituição gozam de status constitucional. Isso se deve ao fato da mencionada emenda afirmar explicitamente a equiparação à emenda constitucional.

Mesmo após da alteração constitucional e jurisprudencial, Flávia Piovesan¹⁴ continuou a perfilhar o entendimento de que os tratados sobre direitos humanos, aprovados ou não no rito do §3º do art. 5º da CRFB/88, são direitos fundamentais materialmente constitucionais. A lógica da supralegalidade, todavia, esmorece com a ADI. nº 5543/DF, já que o STF revê seu posicionamento manifestado outrora no RE. nº 466.343-1, como se depreende do recorte textual infra:

[...] Não obstante a relevância e importância históricas da tese da *supralegalidade* dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo Congresso Nacional de acordo com o § 3º do art. 5º (CRFB) - adotada por esta Corte por ocasião do julgamento do RE 466.343-1 -, trata-se de fórmula que encontra-se madura para possível revisão. [...] é de se compreender que os direitos oriundos dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, sendo *materialmente constitucionais* se somam e equiparam aos direitos fundamentais sediados formalmente na Constituição. Todos eles, no entanto, podem e devem, por força do disposto no art. 5º, §2º CRFB, serem considerados direitos *materialmente constitucionais*¹⁵.

Chega-se a esta conclusão por depreender que o §3º do art. 5º da CRFB/88 destina-se ao Poder Legislativo no sentido de ter a faculdade de robustecer a proteção dos direitos humanos, o que não exclui a possibilidade do Poder Judiciário vivificar tais direitos, mediante interpretação de outros dispositivos constitucionais.

Desta feita, a ótica do STF, na apreciação da ADI. nº 5543/DF, se aproxima da visão abraçada por Flávia Piovesan no concernente à hierarquia constitucional dos

¹³ LOPES, Ana Maria D'Ávila. CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**. v. 22, n. 2, p. 82-94, Passo Fundo, jul/dez, 2016. Disponível em: <https://url.gratis/xlsaL>. Acesso em: 24 set. 2020.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 DF. Rel. Min. Edson Fachin, julgado 11 maio 2020. **Diário de Justiça nº 211**, Brasília, DF, divulgado em 25 ago. 2020, publicado em 26 ago. 2020.

tratados internacionais que versem sobre direitos humanos. Consequentemente, dada a centralidade e a supremacia da Constituição, toda a legislação precisa estar em harmonia com o bloco de constitucionalidade. Não se esqueça também que, ao lado do Controle de Constitucionalidade, todo juiz/Tribunal tem também de fazer um Controle de Convencionalidade, de tal forma que partes do ordenamento jurídico interno que estiverem em desacordo com as normas internacionais dos direitos humanos têm de ser revistas.

4 DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE TUTELA ÀS PESSOAS LGBTI DIANTE DA DISCRIMINAÇÃO

Os documentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, como já visto, são normas materialmente constitucionais ao lado das disposições formalmente constitucionais, inseridas na CRFB/88. Seu caráter ora vinculante ora orientativo, disciplina a tutela à pessoa humana. Em específico, no caso da proteção do grupo vulnerável LGBTI, incide a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. Tais diplomas normativos foram usados como fundamento expresso no acórdão da ADI. nº 5543/DF, como se pode notar no fragmento textual abaixo.

Tem-se, assim, a vedação à discriminação manifestada quer como um direito positivado (*hard law*), juridicamente vinculante, – no bojo da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 592/1992), do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 678/1992) e da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância –, quer como guia (*soft law*) – verificado nos Princípios de Yogyakarta, que possuem caráter orientativo e contam com a boa-fé e discricionariedade dos países para serem dotados de eficácia.¹⁶

Constata-se, a partir da leitura do excerto, que os ministros do STF agiram como juízes interamericanos em nível nacional¹⁷ ao aplicar a CADH e demais tratados. Instruídos quanto à aplicação da legislação internacional pertinente à orientação sexual e à identidade de gênero pelos Princípios do Yogyakarta, enquanto documento elaborado por grupo de especialista em direitos humanos de diferentes nacionalidades.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 DF. Rel. Min. Edson Fachin, julgado 11 maio 2020. **Diário de Justiça nº 211**, Brasília, DF, divulgado em 25 ago. 2020, publicado em 26 ago. 2020. p. 39.

¹⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en periodo 2006 – 2011. **Revista do Curso de Direito**, São Luís, v. 2, n. 4, p. 131-203, dez. 2012. Semestral.

O referido escrito orientativo destaca, já na sua introdução, a essencialidade das variadas dimensões da sexualidade para a dignidade de cada pessoa humana. Por assim considerar, opina, no seu Princípio 2º, pelo dever dos Estados em adotar normas adequadas, bem como outras medidas para vedar e eliminar a discriminação por motivo de identidade de gênero e orientação sexual, seja no espaço público ou privado.

O PIDCP, internalizado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992 – assim como a CADH, internalizada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992 –, estabelecem o compromisso dos Estados-Partes em proteger a pessoa contra atos discriminatórios em razão do sexo, ao mesmo tempo preveem cláusula geral de proibição de discriminação. Esse entendimento se extrai dos seguintes verbetes:

Art. 1º [...] 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, **sexo**, idioma, religião, opiniões políticas ou **de qualquer outra natureza**, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou **qualquer outra condição social**¹⁸. Grifou-se.

Art. 2º [...] 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, **sexo**, língua, religião, opinião política ou **de outra natureza**, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou **qualquer condição**. [...]

Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm 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**, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou **qualquer outra situação**¹⁹. Grifou-se

Não bastasse a cláusula geral, a disposição proibitiva da subversão do indivíduo por motivo de sexo abrange as pessoas LGBTI à proporção que para se

¹⁸ BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **DOU**, Brasília, DF, 09 nov. 1992.

¹⁹ BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **DOU**, Brasília, DF, 07 jul. 1992.

entender o sentido e o alcance da norma jurídica faz-se necessário o relacionamento entre o texto normativo e a realidade em que se insere²⁰.

Com efeito, a realidade em que o texto se encontra é a de que a sexualidade não se restringe ao aspecto binário homem-mulher, haja vista que abarca uma construção sociocultural. Representa, pois, termo polissêmico atrelado ao sexo biológico, ao gênero e à orientação sexual.

Enquanto o sexo se refere à presença de aparelho reprodutor e às demais características sexuais inerentes, o gênero consiste na forma de se comportar do indivíduo, na exteriorização de tal comportamento (expressão de gênero) e/ou no sentimento de pertencimento ao mesmo ou a outro gênero (identidade de gênero). Por sua vez, a orientação significa o interesse afetivo sexual por pessoa do mesmo, de diferente ou de qualquer gênero, classificado, respectivamente, como homossexual, heterossexual e bissexual²¹.

A Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância reforça a proteção desse grupo vulnerável ao prever expressamente em seu texto o sexo, a orientação sexual e a identidade e expressão de gênero como esfera da vida privada em que é inadmissível qualquer ação ou omissão discriminatória. Senão, observa o enunciado infracitado:

Art. 1º [...] 1. A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, **sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero**, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição²². Grifou-se.

Nesse panorama, a vedação à doação de sangue por pessoas do mesmo sexo é inconstitucional por incompatibilidade material com normas constitucionais elencadas não só na CRFB/88, mas também em outros documentos internacionais. Desse modo, a decisão no bojo da ADI nº 5543/DF simboliza caminho interpretativo

²⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

²¹ JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília: Autor, 2012, p. 5-16.

²² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância**. Guatemala, [06 jul. 2013].

percorrido pelo STF rumo à construção de sociedade livre, justa e solidária, sem qualquer forma de preconceito (objetivos da República), com o desiderato de efetivar os direitos fundamentais, mormente, dos grupos em situação de vulnerabilidade.

O Relator do caso, Min. Edson Fachin, conduz seu voto a partir do símbolo do sangue como metáfora do que nos torna humanos, pertencentes à mesma raça e a Doação de sangue como um ato de altruísmo; logo qualquer critério de exclusão deveria ter muito cuidado. O que havia nas normas questionadas, ao revés, era:

o estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades, como a AIDS. O resultado de tal raciocínio seria, então, o seguinte: se tais pessoas vierem a ser doadores de sangue devem sofrer uma restrição quase proibitiva do exercício de sua sexualidade para garantir a segurança dos bancos de sangue e de eventuais receptores²³.

O Min. continua mostrando que a regra que exigia dozes meses de abstenção sexual de HSH (homens que fazem sexo com outros homens) equivalia ou à total proibição ou à imposição moralista de abstenção sexual e nada disso era exigido dos demais grupos. Outros Ministros seguiram o Relator, no entanto, houve votos contrários.

O Min. Alexandre de Moraes entendeu que as normas traziam restrições baseadas em critérios técnicos e não de discriminação; ao mesmo tempo, entende que HSH poderiam doar desde que o sangue coletado fosse submetido a exame após a chamada “janela imunológica”²⁴. Por isso julgou parcialmente procedente a ação.

Já os Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Marco Aurélio de Mello julgaram improcedente a ação por entenderem que os critérios de corte das normas eram científicos e que, por isso, não poderiam ser considerados discriminatórios, além do que tais critérios também seriam utilizados noutros países. Contudo, vale ressaltar que o suposto de que a ciência não pode ser discriminatória

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 DF. Rel. Min. Edson Fachin, julgado 11 maio 2020. **Diário de Justiça nº 211**, Brasília, DF, divulgado em 25 ago. 2020, publicado em 26 ago. 2020.

²⁴ Sobre a questão da “janela imunológica” ver o “Manual Técnico para Diagnóstico da Infecção pelo HIV em Adultos e Crianças”, disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/node/57787>.

é algo bastante ultrapassado pois que ainda acredita em uma pretensa neutralidade daquela (o que não faz mais sentido desde, pelo menos, a segunda metade do século XX.

5 CONCLUSÃO

A proibição da doação sanguínea em razão da orientação sexual e de quaisquer outras dimensões da sexualidade não encontra amparo científico à medida que os avanços no campo da Ciência evidenciam a transmissão de IST tanto por indivíduos que não se amoldam ao padrão heteronormativo e cisgênero quanto por heterossexuais. Não bastasse isso, existem diferentes instrumentos preventivos que possibilitam relações sexuais seguras até mesmo com pessoas contaminadas.

Essa limitação ao livre exercício do direito de personalidade enquanto impedimento da manifestação da empatia e da alteridade, a pretexto de garantir segurança dos bancos de sangue, configura-se prática discriminatória injustificada. Isso afronta as normas constitucionais consagradas na CRFB/88 e em documentos internacionais de tutela à pessoa. Consequentemente, ao se reconhecer o bloco de constitucionalidade, os tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil adquirem importância fundamental na proteção institucional do ser humano ao passo que toda a legislação deve-se compatibilizar a eles, sob pena de invalidade.

Por via da interpretação e do controle de constitucionalidade, o STF criou permissivo do ato altruístico por pessoas LGBTI, o que não vai de encontro à doutrina *Chenery*, haja vista a anticientificidade de o fator discrimen ser de fácil constatação pelo jurista ou por outro cientista. Com essa decisão em sede da ADI nº 5543, amplia-se a efetividade dos direitos fundamentais em contribuição à construção de sociedade plural e tolerante às diferenças.

Cumpra ainda dizer que os fundamentos de tal ato decisório abrem espaço para uma aplicação mais frequente dos direitos internacionais dos direitos humanos por parte do Poder Judiciários (nos seus mais variados órgãos) e demais poderes constituídos na proteção das pessoas LGBTI, bem como de outros grupos vulneráveis e minoritários.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 34**, de 11 de junho de 2014. Dispõe sobre as boas práticas no ciclo de sangue. Disponível em: <https://cutt.ly/UfXZN0q>. Acesso em: 22 set. 2020.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en periodo 2006 – 2011. **Revista do Curso de Direito**, São Luís, v. 2, n. 4, p. 131-203, dez. 2012. Semestral.

BAHIA, Alexandre; SILVA, Diogo Bacha e. O Leviatã togado: os 30 anos de protagonismo judicial e o devir constitucional. *In*: PEREIRA, Rodolfo Viana; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (coord.). **Constituição, democracia e jurisdição: um panorama dos últimos 30 anos**. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 11-32. Disponível em: <https://doi.org/10.32445/97885671340861>.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **DOU**, Brasília, DF, 07 jul. 1992.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **DOU**, Brasília, DF, 09 nov. 1992.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 158**, de 14 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-158-de-4-de-fevereiro-de-2016-22301274>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 DF. Rel. Min. Edson Fachin, julgado 11 maio 2020. **Diário de Justiça nº 211**, Brasília, DF, divulgado em 25 ago. 2020, publicado em 26 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – MC nº 1480 DF. Rel. Min. Celso de Melo, julgado 04 set. 1997. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, **18 maio 2001**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343 SP. Rel. Min. Cezar Peluso, julgado 03 dez. 2008. **Diário de Justiça nº 104**, Brasília, DF, divulgado em 04 jun. 2009, publicado em 05 jun. 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 1988. **DOU**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, n. 182, p. 27-54, 1993.

ESPÍNDOLA, Renata Carvalho. As políticas públicas de saúde e o mérito dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: considerações sobre a aplicabilidade da doutrina *Chenery*. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 42, n. 1, p. 10-22, jun. 2019.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília: Autor, 2012.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**. v. 22, n. 2, p. 82-94, Passo Fundo, jul/dez, 2016. Disponível em: <https://url.gratis/xlsaL>. Acesso em: 24 set. 2020.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância**. Guatemala, [06 jul. 2013].

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SOUZA JÚNIOR, Edison Vítório de; CRUZ, Diego Pires; PIRÔPO, Uanderson Silva; CARICCHIO, Giovanna Maria Nascimento; SILVA, Cristiane dos Santos; FERREIRA NETO, Bráulio José; SOUZA, Átila Rodrigues; BALBINOTE, Franciele Soares; BARROS, Fernanda Luz; SANTOS, Gabriele da Silva. Proibição de doação sanguínea por pessoas homoafetivas: estudo bioético. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 28, n. 1, p. 89-97, mar. 2020. FapUNIFESP (SciELO). p. 92-93.