

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MANUELA DE OLIVEIRA KEIPER**

**A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA  
VEDAÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR PARTE DE  
HOMENS HOMOSSEXUAIS E SUA REVERBERAÇÃO NA  
CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA FACE DO SUJEITO  
CONSTITUCIONAL**

**VITÓRIA**

**2020**

MANUELA DE OLIVEIRA KEIPER

**A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA  
VEDAÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR PARTE DE  
HOMENS HOMOSSEXUAIS E SUA REVERBERAÇÃO NA  
CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA FACE DO SUJEITO  
CONSTITUCIONAL**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada ao  
Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória  
(FDV) como requisito parcial para obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Camatta Moreira.

VITÓRIA

2020

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, por desde o princípio auxiliar a construção do presente trabalho com as mais construtivas críticas, por todo o generoso conhecimento compartilhado e, principalmente, por inspirar a paixão pela pesquisa.

Aos professores que, no exercício de tão louvável profissão, contribuíram com minha formação acadêmica.

À minha família, por ser o meu lar, pelo incentivo aos meus estudos, pela minha formação enquanto indivíduo e por me ensinarem a mais bela das artes: amar. Em especial, à minha mãe, pelo amor incondicional, pelo colo a cada angústia, pelo abraço a cada felicidade e pelo sorriso no olhar a cada conquista.

A Deus e ao meu anjo da guarda, por iluminarem meus passos durante toda minha trajetória.

## RESUMO

O presente esforço científico objetiva investigar, com fulcro na cátedra de Michel Rosenfeld, as evidências da eterna reconstrução da imagem do sujeito constitucional no âmbito da ADI 5543/DF, oportunidade na qual Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos artigos 64, IV, da Portaria 158/2016 (Ministério da Saúde) e 25, XXX, *d*, da RDC 34/2014 (ANVISA), que restringem, pelo período de doze meses, a doação de sangue por parte de homossexuais masculinos e suas eventuais parceiras sexuais. Para tanto, em um primeiro momento, são analisadas as principais disposições normativas acerca da hemoterapia no cenário nacional, bem como posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais anteriores à decisão do Supremo. Na sequência, apresentados os pontos cardinais da obra de Rosenfeld, “*A Identidade do Sujeito Constitucional*” (2003), a se contemplar aspectos da conceituação e construção dessa identidade, com olhar especial às dificuldades envolvidas, bem como ao manuseio das ferramentas negação, metáfora e metonímia nesse processo. Trabalhadas, também, considerações pertinentes à luta contra tratamentos discriminatórios no Estado Democrático de Direito, com foco na dignidade humana e igualdade. Ademais, condensadas algumas das ponderações propostas pelos Ministros do STF no âmbito da ADI 5543 para, finalmente, ser traçado diálogo entre o *r. decisum* e o processo de (re)construção da identidade do sujeito constitucional. Ao final deste desempenho, compreende-se a atuação do Supremo como marco de um novo capítulo na trajetória do reconhecimento de direitos e, não obstante, da produção de imagem pertinente do sujeito constitucional contemporâneo, onde, por meio do reconhecimento do indivíduo homossexual como uma das múltiplas faces que integram a identidade constitucional brasileira, resta erguida a relevância de, diante da ausência de fundamento razoável a tratamento desigual entre as diferentes expressões da liberdade sexual, consagrar equânime acesso aos direitos e garantias fundamentais.

**Palavras-chave:** Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543; Dignidade humana; Doação de sangue; Igualdade; Homossexuais; Michel Rosenfeld; Sujeito constitucional.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1 A CONJUNTURA DA VEDAÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR PARTE DOS HOMENS HOMOSSEXUAIS NO CENÁRIO BRASILEIRO DA HEMOTERAPIA</b> .....	9
1.1 OS PRINCIPAIS ASPECTOS DO PROCEDIMENTO DE DOAÇÃO DE SANGUE À LUZ DOS DISPOSITIVOS JURÍDICOS NACIONAIS .....	10
1.2 A VEDAÇÃO À DOAÇÃO POR PARTE DE HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS E SUAS PARCEIRAS SEXUAIS: AS DISTINTAS CONSIDERAÇÕES ANTERIORES À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE .....	14
1.3 A JUDICIALIZAÇÃO DO TEMA EM OPORTUNIDADES ANTERIORES AO JULGAMENTO DA ADI 5543 .....	19
<b>2 O PONTO DE INTERSEÇÃO ENTRE O RECONHECIMENTO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS AOS INDIVÍDUOS HOMOSSEXUAIS E A ETERNA RECONSTRUÇÃO DA IMAGEM DO SUJEITO CONSTITUCIONAL</b> .....	22
2.1 A LITERATURA DE ROSENFELD ACERCA DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL: OS DESAFIOS DA CONCEITUAÇÃO E RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO .....	24
2.2 A BUSCA PELA IGUALDADE HUMANA NA LUTA CONTRA TRATAMENTOS DISCRIMINATÓRIOS ENTRE OS INDIVÍDUOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	30
<b>3 O JULGAMENTO DA ADI 5543: A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR PARTE DE HOMENS HOMOSSEXUAIS E SEUS REFLEXOS NA NOVA FACE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL</b> .....	38
3.1 AS PRINCIPAIS PONDERAÇÕES DOS MINISTROS DO SUPREMO NA APRECIÇÃO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À DOAÇÃO	

DE SANGUE POR HOMENS HOMOSSEXUAIS .....	39
3.2 OS REFLEXOS DA DECISÃO: EVIDÊNCIAS DA RECONSTRUÇÃO DO SUJEITO CONSTITUCIONAL DIANTE DA MANIFESTAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO .....	44
<b>CONCLUSÃO</b> .....	48
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	50

## INTRODUÇÃO

A todo momento, a mudança é uma constante. Esta máxima pode ser aplicada aos mais distintos cenários do cotidiano. Abraça as pessoas, as culturas e as tradições, que se alteram, se agregam, se superam, se reinventam, sempre a repercutir novas facetas. Envolve o sangue, que se renova no pequeno universo de cada organismo. Entrelaça, ainda, o universo jurídico que, para consagrar seu encargo cardinal — regular e refletir os anseios de uma sociedade — deve, inevitavelmente, dialogar com as necessidades protuberantes da atualidade.

De toda forma, o empirismo demonstra a importância de, ao lado das variantes, caminharem de mãos dadas premissas consolidadas, essenciais ao equilíbrio e à própria continuidade dos avanços presentes e futuros. É o caso, por exemplo, de direitos e garantias constitucionais básicos, bem como o reconhecimento de sua importância.

Neste palco, cabe recordar as lições de Nelson Camatta Moreira e Rodrigo Francisco de Paula (2014, p. 162), no sentido de reconhecer o papel das lutas afirmativas no processo de composição do constitucionalismo nacional e a ele presentear a memória benemérita.

Uma vez feita esta ressalva, cabe perceber que, diante da realidade experienciada no mundano, emerge a necessidade de o Direito permanecer, inevitavelmente, a ampliar suas perspectivas, reencontrar sua essência no cenário contemporâneo. Esta é uma das bases para construção da dialética proposta por Michel Rosenfeld em sua obra *A Identidade do Sujeito Constitucional*.

Partindo dessa premissa, Rosenfeld (2003, p. 17 - 27) identifica a dificuldade de se construir uma identidade do sujeito constitucional; não bastassem as dificuldades inerentes à trajetória do passado, presente e futuro, podem ser indicadas, entre outras, aquelas conexas ao pluralismo inerente às comunidades e as próprias peculiaridades semânticas-interpretativas.

Dentro deste escopo, surge a ideia da imagem do sujeito enquanto um vazio, um *lack*, um *hiatus* a ser preenchido reiteradamente durante sua existência. Têm-se, homologamente, o berço do eterno interesse de se moldar o vislumbre da identidade constitucional em uma

imagem definida — ainda que em caráter temporário (ROSENFELD, 2003, p. 41) — e de se valer de ferramentas pertinentes a essa finalidade (negação, metáfora e metonímia).

Entre outros agentes essenciais ao procedimento de (re)construção do Direito, contempla-se o papel de importância do Supremo Tribunal Federal, ao aplicar e interpretar os verbetes constitucionais nesta busca pela consagração daquilo tido como essencial ao Estado Democrático de Direito: os direitos, os deveres e garantias consagrados fundamentais.

O presente trabalho pretende investigar as evidências da incessante edificação da imagem do sujeito constitucional nos conformes das orientações concedidas pela cátedra de Rosenfeld. Para tanto, elege como caso privilegiado à essa análise o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5543/DF que, ao apreciar o conteúdo das normas contidas no art. 64, IV, da Portaria 158/2016, do Ministério da Saúde e no art. 25, XXX, *d*, da RDC 34/2014, da ANVISA, reconhece violação ao texto constitucional na restrição, pelo prazo de doze meses, à doação de sangue por parte de homens homossexuais<sup>1</sup> e suas parceiras sexuais.

Desta forma, em um primeiro momento, esta pesquisa, de cunho eminentemente bibliográfico e documental, há de explorar os principais dispositivos normativos acerca da hemoterapia e, em especial, da vedação. Neste ínterim, apreciará, também, as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais (anteriores à declaração de inconstitucionalidade), no intuito de melhor absorver as distintas perspectivas acerca do conteúdo impugnado.

Na sequência, propõe-se uma reflexão da literatura de Rosenfeld acerca da identidade do sujeito constitucional, a se contemplar aspectos da conceituação e da construção desta entidade, com olhar especial às dificuldades envolvidas neste procedimento, bem como às peculiaridades dos instrumentos que o torna possível: negação, metáfora e metonímia.

Ainda no viés analítico, serão elaboradas considerações pertinentes à luta contra tratamentos discriminatórios no Estado Democrático de Direito, com foco na dignidade humana e à igualdade.

---

<sup>1</sup> Imperioso salientar, desde já, que a expressão “homossexuais” é eleita, no presente trabalho, para se referir a homens que fazem sexo com homens (HSH) para fins de uma abordagem mais clara, ao longo do corpo textual. Neste viés, não incorre, de jeito maneira, o propósito ou o descaso com a rica diversidade de identidades e orientações sexuais existentes.

Por fim, cumpre elaborar síntese das principais ponderações trabalhadas pelos Ministros do Supremo Federal no âmbito da ADI 5543/DF para, então, desenvolver colóquio entre os pormenores do entendimento majoritário (favorável à inconstitucionalidade das normas impugnadas) com os ensinamentos de Rosenfeld.

## **1 A CONJUNTURA DA VEDAÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR PARTE DOS HOMENS HOMOSSEXUAIS NO CENÁRIO BRASILEIRO DA HEMOTERAPIA**

Para recepcionar de forma mais límpida os subsequentes tópicos, necessário elucidar os principais aspectos gerais que torneiam o procedimento relativo à hemoterapia no contexto brasileiro, bem como os pormenores da vedação específica à doação por parte de homens homossexuais e suas parceiras sexuais, a qual perdurou vigente nas últimas décadas.

De início, relembra-se que o sangue é, em diversos momentos ao longo da história, figura emblemática às sociedades como um todo. Do sangue jorrado por inimigos em meio a guerras ao sangue carregado com afeto por laços familiares, do sangue que representa a morte ao que representa o nascimento, é notório seu valor simbólico nas mais diversas culturas.

Do ponto de vista biológico, não é de se surpreender, uma vez que a substância desempenha papel indispensável no que diz respeito à manutenção da vida, especialmente por ser capaz de transportar nutrientes e gases ao longo do organismo.

Com os avanços e aperfeiçoamentos da Medicina, são potencializadas as possibilidades de atuação da transfusão sanguínea. No presente, por meio da hemoterapia, tornam-se exequíveis, entre outros, o atendimento de vítimas de acidentes bruscos, o tratamento de doenças crônicas, bem como uma vasta série de procedimentos cirúrgicos.

Para além das propriedades e avanços científicos, fato é que o ato de doar sangue pode se revelar, também, campo robusto para a demonstração de sentimentos de fraternidade e empatia. Afinal, por meio da ação voluntária e solidária, ainda que em passos breves e discretos, percebe-se a possibilidade de enxergar no outro um similar, ou, na forma da corriqueira figura de linguagem, de enxergar o outro como alguém “sangue do meu sangue”.

Por sua relevância e impactos diretos no instituto da saúde, soa natural que a doação de sangue se torne objeto de proteção e regulamentação jurídica, seja no cenário nacional, seja no internacional. Notória, neste sentido, preocupação com a segurança dos envolvidos no procedimento — doadores, receptores, profissionais da saúde e, ainda, o meio ambiente.

Neste viés, a Organização Mundial da Saúde (OMS) ergue a importância da existência de Políticas Nacionais de Sangue para que, no Sistema Nacional de Sangue de cada nação, sejam alcançados os fins de qualidade e segurança do próprio e dos procedimentos que o envolvem.

Segundo a instituição, é crucial a força da autonomia nacional na formulação de diretrizes protetivas de acordo com a realidade fática de cada Estado-nação. Ainda assim, não é obstada a relevância de premissas de abrangência internacional, as quais hão de surgir para evitar malefícios que possam vir a desaguar efeitos para além dos limites fronteiriços. *In verbis*, estipula a OMS (2008, não paginado):

A importância das questões de segurança do sangue para a saúde pública necessita que cada país estabeleça um programa nacional de sangue sustentável com uma política e um plano nacionais para o sangue devidamente formulada, um serviço nacional de transfusão de sangue, mecanismos legislativos e reguladores, e um processo estruturado para formulação de políticas. As políticas nacionais sobre sangue devem abordar todas as questões podendo afetar a qualidade, segurança, disponibilidade e acessibilidade de sangue e produtos sanguíneos e devem ser revistas regularmente, especialmente quando surgem novos problemas com implicações para o programa nacional de sangue. [...]

A integração de considerações científicas, econômicas, éticas e sociais em políticas de saúde pública é fundamental para uma política de bom procedimento. Controles e sistemas de hemovigilância são necessários para monitorizar eventos adversos e ameaças conhecidas à segurança e disponibilidade de sangue, e para permitir a tomada de decisões de política com conhecimento de causa em resposta a novos desafios, ameaças e oportunidades.

Com fulcro nas supratranscritas orientações, é possível inferir que as diretrizes de uma Política Nacional de Sangue devem procurar a composição de resultados eficientes e de equilibrado custo-benefício, orientados ao melhor resultado possível.

## 1.1 OS PRINCIPAIS ASPECTOS DO PROCEDIMENTO DE DOAÇÃO DE SANGUE À LUZ DOS DISPOSITIVOS JURÍDICOS NACIONAIS

Na temática legislativa tocante à doação de sangue, é pioneira, no contexto brasileiro, a Lei 1.075, de 27 de março de 1950, responsável, em tempos remotos, por prever breves aspectos acerca da modalidade voluntária da transfusão hemoterápica. *In verbis*, dispunha:

Art. 1º Será consignada com louvor na fôlha de serviço de militar, de funcionário público civil ou de servidor de autarquia, a doação voluntária de sangue, feita a

Banco mantido por organismo de serviço estatal ou para-estatal, devidamente comprovada por atestado oficial da instituição.

Art. 2º Será dispensado do ponto, no dia da doação de sangue, o funcionário público civil, de autarquia ou militar, que comprovar sua contribuição para tais Bancos.

Art. 3º O doador voluntário, que não fôr servidor público civil ou militar, nem de autarquia, será incluído, em igualdade de condições exigidas em lei, entre os que prestam serviços relevantes à sociedade e à Pátria.

Como é possível observar nas disposições supratranscritas, fato é que, em um primeiro momento, o procedimento da doação de sangue bonificava com gratas vantagens aqueles que se propunham a contribuir. Desta forma, em caráter recorrente, surgiam doadores que se submetiam a este em busca de favorecimentos pessoais, acima de quaisquer outras motivações.

Segundo os ensinamentos de Rosemary Almeida de Oliveira Teixeira (2015, p. 7 - 8), esta realidade fortaleceu nos olhos da sociedade série de estereótipos pejorativos sobre a prática da doação de sangue e, neste caminhar, gerou a necessidade manifesta de uma renovação de valores, por meio da “construção de uma cultura de doar sem o favorecimento e/ou incentivo material”, pois somente assim “as pessoas poderiam tornar-se doadoras conscientes do seu papel, sendo partícipes e corresponsáveis por todo o processo de ‘salvar vidas’”.

Teixeira explica que, nos arredores da década de 80, o advento alarmante da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) — bem como de outras doenças transmissíveis pela via sanguínea e, por óbvio, pela transfusão sanguínea — faz eclodir preocupação a níveis mundiais quanto à segurança do sangue. Por derradeiro, intensificou-se a desconfiança face às doações remuneradas. Neste sentido, leciona:

O impacto da Aids, o “medo do sangue” e o olhar para a confiabilidade dos serviços contribuíram para a politização da opinião pública e para o surgimento de diversos movimentos sociais em torno de reformas sanitárias, de novas propostas para a política de saúde, para a segurança transfusional. Então, na década de 80 ocorre no país o surgimento da política pública do sangue, com implantação de uma rede de hemocentros e o enfoque na doação voluntária e não remunerada, como ato de solidariedade e altruísmo (TEIXEIRA, 2015, p. 8).

Na sequência, o tratamento da questão hemoterápica no território brasileiro passa a ser sujeitada aos olhares da ordem pública. O procedimento foi, portanto, inserido e regulamentado em diferentes unidades do ordenamento jurídico nacional que busca, em

especial, estabelecer condições de saúde, proteção e segurança que melhor dialogam com as desejadas qualidade e quantidade de doações.

No que tange às premissas básicas à doação de sangue, é possível destacar o conteúdo disposto pelos seguintes dispositivos: (1) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; (2) Lei nº 10.205/01; (3) Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde e, ainda; (4) Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014, da ANVISA.

No âmbito da Lei Maior, clama a atenção a segunda parte do artigo 199, §4º, da Carta Magna de 1988, a qual se manifesta no sentido de vedar qualquer forma de comercialização do sangue humano e seus derivados. A cautela constitucional reflete a insatisfação histórica com a experiência de uma doação de cunho remuneratório e, além disso, deflagra a primeira diretriz do ato: a gratuidade.

Por sua vez, a Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001, ao regular a Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados, orchestra os demais níveis normativos, estabelecendo traços gerais para as bases procedimentais, especialmente em seu artigo 14.

A Lei em estudo estipula, entre outros, os seguintes princípios: (a) vedação ao comércio da substância sanguínea e seus elementos; (b) preservação da incolumidade do doador e receptor por meio da informação quanto ao procedimento; (c) sigilo dos resultados; e (d) responsabilidade do Estado no que diz respeito à fiscalização, vigilância e controle das doações.

A Portaria n. 158/2016 e a RDC n. 34/2014, de forma homóloga, reforçam como essenciais as características do altruísmo, anonimato, voluntariedade e sigilo das informações concedidas pelos doadores. Válido destacar que os normativos são responsáveis, respectivamente, pela regulamentação técnica de procedimentos hemoterápicos e pelas disposições sobre as “boas práticas no ciclo do sangue”. Em seus próprios termos, dispõem:

**PORTARIA Nº 158, de 04 de fevereiro de 2016**

Art. 30. A doação de sangue deve ser voluntária, anônima e altruísta, não devendo o doador, de forma direta ou indireta, receber qualquer remuneração ou benefício em virtude de sua realização.

Art. 31. O sigilo das informações prestadas pelo doador antes, durante e depois do processo de doação de sangue deve ser absolutamente preservado, respeitadas outras determinações previstas na legislação vigente.

**RDC Nº 34, de 11 de junho de 2014**

Art. 20. A doação de sangue deve ser voluntária, anônima, altruísta e não remunerada, direta ou indiretamente, preservando-se o sigilo das informações prestadas.

Ademais, no corpo de ambos os dispositivos, Portaria e RDC, é possível identificar requisitos gerais acerca dos comportamentos que devem ser adotados pelos sujeitos (tanto doadores como entidades de saúde) da relação antes, durante e após o procedimento de transfusão sanguínea.

São encontrados, ainda, requisitos de ordens biológica, fática e comportamental, avaliados tanto por anamnese (entrevistas realizadas pelo profissional de saúde) como por vistorias clínicas<sup>2</sup>, que definem admissão ou negação da possível doação ofertada por determinado indivíduo. Em síntese, o estilo de vida, as atividades recentes e as condições de saúde do potencial doador.

Consoante ensinam Aline Albuquerque de Oliveira e Mirtha Susana Yamada Tanaka (2010, p. 590), uma das maiores preocupações envolvidas é o risco de acidental contaminação por HIV advinda de transfusão sanguínea. Isso porque, apesar de reduzidas as chances de concretização deste temor após a efetuação de triagens laboratoriais — especialmente no presente, onde estas se encontram com elevado grau de avanço científico —, a inexatidão gerada pelas denominadas janelas imunológicas (também conhecidas como “falsos negativos”) impede que o indesejado cenário se torne obstado por completo.

Neste sentido, são listadas vedações de ordem temporária e de ordem definitiva, que buscam alcançar e afastar elementos que, em tese, corroboram para acréscimo no risco de segurança do sangue.

---

<sup>2</sup> Válido ressaltar que vistorias clínicas são efetuadas em momentos diversos ao longo do processo de coleta de sangue. Em primeira fase, são realizados exames que averiguam temperatura, peso, tipo sanguíneo, pressão arterial, entre outros. Sequencialmente, é realizada a anamnese (entrevista) com o potencial doador, que avalia seus hábitos, atividades recentes e demais dados interessantes às suas condições de saúde. Por fim, após aprovação em ambas as fases e decorrente transfusão, o sangue coletado é, ainda, submetido à série de avaliações posteriores, conforme ensinam a Portaria e a Resolução.

## 1.2 A VEDAÇÃO À DOAÇÃO POR PARTE DE HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS E SUAS PARCEIRAS SEXUAIS: AS DISTINTAS CONSIDERAÇÕES ANTERIORES À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Tanto o art. 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016, do Ministério da Saúde como o art. 25, inciso XXX, alínea “d” da Resolução da Diretoria Colegiada n. 34/2014, da ANVISA, vedam a doação por parte de “homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes”, por prazo de doze meses contados da consumação do ato sexual.

Em especial, nota-se que a Resolução n. 34/2014 torna mais translúcidas as razões utilizadas para sustentar essa barreira, ao passo que o *caput* de seu inciso XXX define que os comportamentos listados por suas alíneas descrevem “contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue”. *In verbis*:

Art. 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 ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

- a) indivíduos que tenham feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais;
- b) indivíduos que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;
- c) indivíduos que tenham sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais;
- d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;
- e) indivíduos que tenham tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea ou as parceiras sexuais destes;
- f) indivíduos que sejam parceiros sexuais de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de hemocomponentes ou hemoderivados; e

g) indivíduos que possuam histórico de encarceramento ou de confinamento obrigatório não domiciliar superior a 72 (setenta e duas) horas, ou seus parceiros sexuais;

Naoko Yamamoto (2018, não paginado), Assistente Diretora-Geral da Cobertura Universal de Saúde da Organização Mundial de Saúde, ao ser questionada acerca do tema por Toni Reis, Diretor Executivo da Associação Nacional LGBTI, explica que a vedação em pauta é sujeita à realidade de cada Estado. Em suas palavras, informa:

Men who have sex with men (MSM) remain, in many countries, the predominant source of both new and established infections of HIV. This means that some form of exclusion is therefore inevitably needed to ensure the safety of the overall blood supply. It is acknowledged that deferring individuals with a broadly defined risk behaviour, such as men who have sex with men, without considering differential risk behaviours in this group may lead to unnecessary deferral of candidate donors.

However, it can also be argued that permanent deferral would be justifiable if there is no reliable way to differentiate these behaviours. (...)

The WHO Blood Donor Selection Guidelines (2012) present a balanced view on this matter, giving different scenarios applicable to the level of maturity of the system, and availability and coverage of use of new technologies, and recommend “permanent deferral for blood donation from individuals whose sexual behaviour puts them at risk of transfusion-transmitted infections, including HIV and hepatitis B and C”. The guidelines also recommend that the approach to conducting donor risk assessment should “be reconciled with the duty of the blood transfusion service to treat donors and prospective donors with respect, compassion and dignity, avoiding discrimination of any kind”<sup>3</sup>.

Conforme se observa, a representante da Organização Mundial da Saúde explica que, em determinados contextos, homens que fizeram sexo com homens (HSH), de fato, representam significativa parcela de infecções pelo vírus HIV, de forma que se torna plausível certo grau de exclusão, em nome da segurança do sangue.

---

<sup>3</sup> “Homens que fazem sexo com homens (HSH), permanecem, em diversos países, a predominante fonte de novas e preexistentes infecções de HIV. Isso significa que algum grau de exclusão é, portanto, inevitavelmente necessário para assegurar a segurança geral dos abastecimentos de sangue. É conhecido que vedar indivíduos com uma alastrada definição de comportamento de risco, tal como homens que fazem sexo com homens, sem considerar diferentes comportamentos de risco dentro deste grupo pode guiar desnecessária negativa de candidatos à doação. No entanto, também pode ser argumentado que negativas permanentes seriam justificáveis se não houver confiáveis vias de diferenciar tais comportamentos. (...) As Diretrizes de Seleção de Doadores da OMS (2012) apresenta visão balanceada desse tema, proporcionando diferentes cenários, aplicáveis ao nível de maturidade do sistema, da disposição e cobertura do uso de novas tecnologias, e recomenda ‘negativa permanente à doação de sangue por parte de indivíduos cuja conduta sexual gera risco de transmissão via transfusão de infecções, incluindo HIV e hepatite B e C’. As Diretrizes, recomendam, ainda, que a definição de doação de risco deve ser “reconciliada com o dever do serviço de transfusão de sangue de tratar doadores e aqueles que desejam ser doadores com respeito, compaixão e dignidade, evitando qualquer tipo de discriminação”.

Por outro lado, no mesmo trecho, salienta Yamamoto que vedações expansivas, as quais não levem em consideração a possibilidade de apontar e medir diferenças comportamentais entre indivíduos dentro de determinado grupo, podem acarretar desnecessárias dispensas de sangue.

É possível extrair, portanto, que a linha de Diretrizes da Organização Mundial da Saúde é voltada ao equilíbrio e à apreciação de cada caso concreto, variável de acordo com a realidade vivenciada por cada nação. Não há rígida dicotomia entre direitos, mas sim preocupação em conciliar, na medida do possível, interesses voltados à saúde e à precaução com aqueles de igualdade e não discriminação.

Caberá, portanto, a realização de análise interna das particularidades nacionais para, assim, reconhecer ou não a real necessidade de determinadas vedações, como é o caso daquela que estabelece barreira à doação por homens que fazem sexo com homens. É importante observar, neste viés, as plurais e divergentes perspectivas que existem acerca das necessidades vivenciadas no contexto brasileiro.

Em uma esfera, autores entendem que há legítima razão para a existência da vedação, qual seja a preocupação associada ao direito à saúde — e, por derradeiro, à vida —, que deriva do acentuado risco de infecção por DST (Doenças Sexualmente Transmissíveis) pela via das relações anais, que seriam mais frequentes nas relações entre homens homossexuais.

Na compreensão de André Moreira Baiseredo, por exemplo, a proibição trata-se de verdadeiro reflexo da prevalência do interesse coletivo face à liberdade individual. Em suas palavras:

[...] apesar da Resolução, nos termos em que se encontra redigida, aproximar a noção de comportamento sexual à própria orientação sexual, o que gera desconforto e protestos, não há que se falar em mácula à Carta Magna, um vez que em conflito dois princípios fundamentais, foi, apenas, o direito à vida – como não poderia deixar de ser – privilegiado, em detrimento ao direito à intimidade (dignidade da pessoa), mitigando-se a aplicação deste último. (BAISEREDO, 2017, p. 393).

Ainda segundo Baiseredo (2017, p. 387 – 389), os dados que sustentam a norma são científicos e esclarecem que a triagem laboratorial não afastam em absoluto o risco de contaminação, bem como que, o “risco de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis

através do coito anal (inclusive entre um homem e uma mulher) é especialmente elevado quando não se utiliza preservativo, e mesmo se utilizado, não há obliteração do risco”.

Por outro lado, boa parcela de estudiosos indica que a conceituação de grupos de risco é ultrapassada e inconcebível no cenário atual. Ocorre que, no Brasil, aspecto frequentemente questionado acerca da plausibilidade da restrição à doação de sangue por HSH no Brasil é, justamente, o fato de ser associada a um grupo, e não a um comportamento de risco.

Neste viés, chama atenção o fato de que a pesquisadora Dilene Raimundo do Nascimento (1997, p. 173), há cerca de duas décadas, já compreendia tal conceito como obsoleto, consoante se observa no excerto abaixo:

O conceito de grupo de risco é inaceitável nos dias atuais. Ele resulta em forte discriminação àqueles que são enquadrados em um ou outro grupo, e em perigosa negligência com a prevenção dos que estão fora, considerando-se imunes. O comportamento epidemiológico da doença [AIDS] contradisse esse conceito. Hoje é fundamental trabalhar com a idéia de comportamento de risco que, se adotado, torna qualquer pessoa vulnerável. A Aids precisa ser encarada, cada vez mais, como problema de todos, como expressou Herbert Daniel (jornalista brasileiro, fundou, em 1989, o Grupo pela Vida, uma Ong voltada para a questão da Aids. Morreu, vítima da Aids, em 29 de março de 1992) no discurso que proferiu na Corte Internacional de Haia, em maio de 1991: “Não acontece comigo. Acontece conosco. Acontece com a humanidade, hoje”.

Em sentido homólogo, Fernando de Brito Alves e Heloísa Helena Silva Pancotti (2017, p. 20) explicam que “assumiu-se que os HSH possuem práticas sexuais não seguras e todas as pesquisas e estatísticas utilizadas na investigação da contaminação por infecções virais, em destaque o HIV, não consideram os indivíduos em relações seguras, estáveis e monogâmicas”.

Segundo os pesquisadores, surge, ao lado desta problemática, indignação com o fato de que o sistema que regulamenta os procedimentos de doação de sangue já dispõe normas aplicáveis a todos os indivíduos, independentemente da orientação sexual, capazes de conter os riscos de infecções pela via da transfusão de sangue (ALVES; PANCOTTI, 2017, p. 20 - 21).

Por fim, é passível de crítica o caráter temporal da restrição. Isso porque, ao passo que se diz — e, portanto, haveria de ser — temporária, a restrição, na prática, acaba por se revelar definitiva, ao passo que sujeitos de comportamento homossexual só poderiam doar após um ano de abstinência sexual com outros homens (TOMAZ, 2016, p. 65 – 66).

Deve-se perceber, ainda, que por mais que a epidemia da AIDS tenha desempenhado notório alastramento no tratamento discriminatório perante os indivíduos homossexuais, a marginalização do grupo advém de longo histórico anterior.

Em tempos remotos, como destacam Marcio Caetano, Claudio Nascimento e Alexsandro Rodrigues (2019, p. 281 – 282), a homossexualidade era considerada patologia (transtorno mental) pela Organização Mundial da Saúde, na forma do Código 302.0, da CID (Classificação Internacional de Doenças).

Esta concepção veio a ser superada; no entanto, mesmo após tal mudança de paradigma, o discurso médico eventualmente volta a ser utilizado como elemento para imposição de restrições ao grupo homossexual. *In verbis*, esclarecem os autores:

[...] mesmo após a despatologização da homossexualidade pelo CFM nos anos de 1980, outros discursos buscaram novamente levar a prática homossexual aos limites impostos pelo discurso médico. A desinformação aliada à publicidade dos primeiros diagnósticos do HIV/Aids foi redirecionada, de imediato, ao público homossexual masculino. Neste contexto, assumir publicamente esta identidade era reconhecer também a tutela do “câncer gay” ou “peste gay”, como ficou conhecida a doença na maior parte desta década no Brasil (CAETANO; NASCIMENTO; RODRIGUES, 2018, p. 282-283).

Esta conjuntura de recorrente e penosa segregação da categoria, seja pela hostilidade, seja pela invisibilidade, vem a fortalecer o *animus* na luta pela construção de uma nova identidade constitucional, que abrace a tutela de seus direitos enquanto parte do Estado Democrático de Direito, preenchido por diversos “eu” e “outros”.

Diante do pluralismo, especialmente nas sociedades contemporâneas, Michel Rosenfeld (2003, p. 40) elucida a necessidade constante de reconstrução da imagem do sujeito constitucional (diante da incessável carência desta) por meio do próprio discurso constitucional, no intuito de se construir uma narrativa coerente e plausível com as demandas emergentes.

De toda sorte, com fulcro nos aspectos acima descritos, nota-se que o debate envolvido na tônica da restrição à doação sanguínea por indivíduos homossexuais não dispõe de histórico de tranquilidade. O atrito, para além das pautas ideológicas, apresenta repercussão de ordem judicial, sujeita à análise no tópico subsequente.

### 1.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA RESTRIÇÃO EM OPORTUNIDADES ANTERIORES AO JULGAMENTO DA ADI 5543

Como observado anteriormente, a vedação à doação de sangue por parte de homossexuais masculinos, ao longo dos anos, gerou, no campo dos debates teóricos, série de perspectivas divergentes. A discussão, no entanto, não se resume no viés abstrato.

Tanto é que, em meados de 2016, é promovida pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543, que leva à pauta do Supremo Tribunal Federal as disposições do art. 64, Portaria n. 158/16, do Ministério da Saúde, e art. 25, XXX, da RDC n. 34/14, da ANVISA.

Este, contudo, não foi o primeiro contato da temática com o Judiciário. Por diversas vezes, indivíduos que sentiram ofensa à sua dignidade ao serem impedidos de doar sangue exclusivamente em função de sua orientação sexual ansiaram a intervenção judicial para reparação de seus direitos, em geral pela via da indenização a título de danos morais.

Observa-se que, na prática, vasta maioria dos Tribunais — em decisões de casos anteriores ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543 —, negava a procedência de tais pedidos. Para fins de ilustração, abaixo transcritas ementas de precedentes que exemplificam este cenário:

*APELAÇÃO. Ação de indenização por danos morais. Autor impedido de doar sangue, eis que considerado temporariamente inapto ao ato por força do que dispõe a Portaria 2.712/2013, do Ministério da Saúde. Inaptidão configurada, na espécie, ante as próprias declarações do autor. Hospital que agiu de acordo com a normatização do Ministério da Saúde. Inexistência de dano moral a ser indenizado. Sentença de improcedência mantida. RECURSO DESPROVIDO. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1025926-41.2014.8.26.0562. Relatora Cristina Medina Mogioni. 6ª Câmara de Direito Privado. São Paulo. Data de Julgamento: 21 jul. 2018. Data de Publicação: 21 jul. 2018).*

**EMENTA. ADMINISTRATIVO. HEMOCENTRO. IMPEDIMENTO DE DOAR SANGUE, EM FACE DA OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO PREVISTA NO ART. 64 DA PORTARIA Nº 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** 1. Para o reconhecimento da responsabilidade extracontratual do Estado é necessário a comprovação do ato ilícito administrativo, do dano e do nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano sofrido pelo particular, nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal. 2. Na situação dos autos restou inconteste que o autor foi impedido de doar sangue no dia 21/09/2017, quando compareceu ao Hemocentro para tal finalidade, bem como também foi considerado inapto

temporariamente pelos próximos 12 meses, pelo fato único de ter informado à servidora do Hemocentro, por ocasião da triagem, que manteve em momento recente passado relação sexual homossexual, mesmo que, com a utilização de preservativo. 3. No entanto, não foi comprovado qualquer ilícito administrativo, pois a servidora do Hemocentro agiu conforme diretriz do Ministério da Saúde, prevista em regulamento próprio, vigente na época dos fatos, a saber: inciso IV, do art. 64, da Portaria nº 158/2016. 4. Além disso, não foi dado qualquer publicidade ao acontecido, nem ao motivo do indeferimento da doação de sangue que o recorrido oferecia, para que tal fato gerasse algum abalo à sua imagem, ou que pudesse vulnerar a sua honra objetiva ou subjetiva. Conforme indicado nos autos, o atendimento aos doadores voluntários no Hemocentro, durante a triagem para exatamente perscrutar os riscos inerentes ao ato de doação de sangue, é realizado “em escritórios fechados, sem presença de outras pessoas, inclusive acompanhantes”. 5. Logo, tendo o atendimento ocorrido em estrito cumprimento da regulamentação do Ministério da Saúde então vigente, na forma adequada, sem qualquer publicização do ato, ou que tenha sido comprovado qualquer dano para o voluntário doador, não há que se falar em indenização contra o Estado, pois o ato não foi ilícito e não se verificou dano a ser reparado. 6. A propósito do tema, menciono os precedentes: Apelação Cível nº 70079111712, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 19/11/2018; Apelação Cível nº 200730082944, Tribunal de Justiça do Pará, 1ª Câmara Cível Isolada, Relatora: Maria Helena D’Almeida Ferreira, julgado em 06/12/2007; Apelação nº 1025926-41.2014.8.26.0562, 6ª Camara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora: Cristina Medina Mogioni, julgado em 21/08/2018. 7. **RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, para julgar improcedentes os pedidos iniciais.** 8. Sem custas, nem honorários, ante a ausência de recorrente vencido. (*DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado Cível 0750853-59.2017.8.07.0016. Relator Juiz Asiel Henrique de Souza. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais. Data de Julgamento: 02 abr. 2019. Data de Publicação: 11 abr. 2019, grifos do autor*).

APELAÇÃO. DOACAO DE SANGUE. HOMOSSEXUALISMO. PROIBIÇÃO SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. POSTERIOR DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E DA RESOLUÇÃO RDC 34/2014 DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. Ação em que objetiva o autor a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, bem assim se abstenha de impor restrições para doação de sangue, fundada na orientação sexual do demandante. A proibição de doação de sangue em razão da orientação sexual do autor ocorreu com respaldo no inciso IV, do art. 64, da Portaria do Ministério da Saúde 158/2016 e na alínea ‘d’, do inciso XXX, da Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária 34/2014. Após prolatada a sentença de improcedência do pedido inicial aos 03/05/2019, foi declarada a inconstitucionalidade das referidas Portaria e Resolução, nos autos da ADI 5543, em julgamento realizado pelo Plenário Virtual do STF, aos 11/05/2020. Acolhimento do pedido de condenação do réu a abster-se de impor ao autor restrições para doação de sangue fundadas em sua orientação sexual ou em qualquer triagem comportamental. Danos morais não caracterizados, vez que a proibição de doação estava pautada na legislação federal então vigente, cuja constitucionalidade só foi examinada na ADI 5543, em recente julgamento realizado pelo excelso STF, aos 11/05/2020. Recurso a que se dá parcial provimento. (*RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0061013-33.2016.8.19.002. Relatora Desembargadora Denise Levy Tredler. 21ª Câmara Cível. Rio de Janeiro. Data de Julgamento: 10 set. 2020. Data de Publicação: 23 set. 2020*).

Consoante é possível depreender das ementas supratranscritas, em regra, a razão que guiava às negativas de indenização moral era o estrito cumprimento das normas do Ministério da Saúde e ANVISA, sem que fosse apreciado, *per si*, a presença de eventual discriminação em

tais dispositivos. Entendia-se que não seria razoável punir os hemocentros, face a inexigibilidade de conduta diversa.

Curioso e distinto, nesse cenário, é o posicionamento do Plenário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, que, logo antes da declaração de inconstitucionalidade das normas, já vislumbrava incompatibilidade destas com premissas essenciais à dignidade no Estado Democrático de Direito.

Segundo informação extraída do site oficial do TJRN (2019, não paginado), o e. Desembargador Cornélio Alves explica que na perspectiva da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RN, o ato que estipula barreira à doação sanguínea por parte de homossexuais masculinos, além de não proteger efetivamente os futuros receptores da transfusão, impõe “restrição apriorística à orientação sexual do doador, o seu próprio direito de ser, inerente à sua dignidade”.

Com a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos normativos, é reservado às futuras decisões um novo panorama para julgamento. No terceiro capítulo desta monografia, propõe-se análise mais minuciosa dos elementos abordados pelos Ministros no alcance desta conclusão — em conjunto com considerações acerca da mutabilidade da identidade do sujeito constitucional e o papel do Judiciário neste processo, com olhar, em especial, no reflexo das últimas decisões na inclusão dos indivíduos homossexuais neste conceito.

## **2 O PONTO DE INTERSEÇÃO ENTRE O RECONHECIMENTO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS AOS INDIVÍDUOS HOMOSSEXUAIS E A ETERNA RECONSTRUÇÃO DA IMAGEM DO SUJEITO CONSTITUCIONAL**

O Direito e a sociedade caminham lado a lado, em genuíno laço de interdependência. Por esta razão, não é estranho pensar que a acelerada mudança de padrões, perspectivas e realidades desta irá impactar diretamente aquilo que se demanda daquele, de modo que há de ser constantemente adaptado e repensado, a fim de honrar uma de suas principais razões de ser: atender e regular as necessidades, interesses e comportamentos sociais.

Portanto, por mais que o Direito, em nome da segurança jurídica, deva ser dotado de certo grau de estabilidade, fato é que, por sua própria natureza, não deve ser imutável. Manter a ordem jurídica presa ao passado é colocá-la sob risco de tornar-se infértil em seu objetivo de tutelar o cenário presente de determinada sociedade.

Não parece incoerente, assim, assumir que o Direito — e, dentro deste íterim, a Constituição — jamais será perfeito em absoluto, encontrando-se em estado de constante reinterpretação e reconstrução (ROSENFELD, 2003, p. 18).

Os legisladores não poderiam, nem com os mais dedicados esforços, cobrir todas as exigências determinadas pela sociedade. Tampouco poderiam prever as questões que circundam um futuro que caminha a passos acelerados, ao passo que o universo jurídico não está imune às variantes complexas que circundam entre as relações humanas.

No entanto, adormecer o instinto de mudança diante da ciência da eterna imperfeição configura real mal, ao passo que a luta e irrisignação são os maiores vetores na busca pela conquista de direitos. Neste sentido, as doudas palavras de Jhering (2016, p. 12):

Todo direito no mundo foi adquirido pela luta; esses princípios de direito que estão hoje em vigor foi impô-los pela luta àqueles que não os aceitavam; assim, todo o direito, tanto o de um povo, como o de um indivíduo, pressupõe que estão o indivíduo e o povo dispostos a defendê-lo.

O direito não é uma ideia lógica, mas ideia de força; é a razão porque a justiça, que sustenta em uma das mãos a balança em que pesa o direito, empenha na outra a espada que serve para fazê-lo valer.

Neste cenário, faz jus à redobrada dedicação à busca por uma leitura constitucional contemporânea, adequada aos interesses emergentes do contexto em que está inserida, à medida que esta irá inspirar e guiar a composição e interpretação de tantas outras normas jurídicas. Necessário, homologamente, não olvidar o papel essencial da Constituição na conciliação entre passado, presente e futuro, como pontuam Henriete Karam e Ângela Araujo da Silveira Espindola (2019, p. 72):

O conflito diário que transforma novas interpretações e aplicações da lei, da constituição é, como refere Ost (2005), o imaginário jurídico. A Constituição, nesse tensionamento, exerce o papel fundador e estruturante necessário para harmonizar passado, presente e futuro e, portanto, constituir a sociedade. A Constituição, portanto, funciona com uma narrativa ficcional fundadora, um filtro de narratividade que, como ente imaginário, funda o Estado Democrático de Direito e é também fundada por ele, que é também um imaginário sócio-político-constitucional.

Há de se conservar em mente que a eterna reconstrução, naturalmente, não há de ser confundida com demagogias e interpretações feitas por mera liberalidade, impertinentes com o zelo. Pelo contrário, a adoção de novas perspectivas há de se manter atinente com a razão de ser de determinada regra ou determinado princípio.

Em verdade, o que se procura é a sintonia entre a Constituição e o contexto fático no qual está inserida; a reconstrução de seu sentido, em porção de plausível coerência com seu conteúdo como um todo. Afinal, “se, por um lado, a rigidez constitucional é imprescindível para manter a estabilidade constitucional, por outro, esta rigidez deve permitir que a evolução da sociedade seja acompanhada pela evolução da Constituição” (PEDRA, 2016, p. 141).

Superadas tais noções iniciais, é importante refletir a temática em foco — reconhecimento de direitos e garantias fundamentais aos indivíduos homossexuais — sob a ótica da identidade do sujeito constitucional. Neste viés, é de suma importância compreender e analisar algumas das principais contribuições desenvolvidas por Michel Rosenfeld em sua obra *A Identidade do Sujeito Constitucional*.

## 2.1 A LITERATURA DE ROSENFELD ACERCA DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL: OS DESAFIOS DA CONCEITUAÇÃO E RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO

Na obra de Michel Rosenfeld, *A Identidade do Sujeito Constitucional* (2003), são exploradas esferas cruciais à compreensão da temática. Entre as diversas considerações elencadas na obra, chama-se atenção para os apontamentos acerca (1) da conceituação, propriamente dita, do “sujeito constitucional” e suas dificuldades, bem como, (2) da reconstrução desta entidade, por meio das ferramentas metáfora, metonímia e negação.

Logo nos primeiros momentos do ensaio em estudo, Rosenfeld elucida a dificuldade que adorna a conceituação do sujeito constitucional, fomentada por elementos de complexidade e ambiguidade que o circundam.

De forma introdutória, destaca a dificuldade imposta pela própria linguagem, advinda da pluralidade de significados que podem ser extraídos da expressão. Ocorre que, tanto em sua versão portuguesa como inglesa (*constitutional subject*), o termo aparenta se referir a três objetos distintos: àqueles que se sujeitam à Constituição, àqueles que elaboram a Constituição ou, ainda, à matéria que é objeto da Constituição (ROSENFELD, 2003, p. 17). No entanto, os desafios de se construir uma perspectiva a respeito do sujeito constitucional não se restringem, de jeito maneira, à comunicação. Pelo contrário, este é apenas um dos vários rios turbulentos que tem berço na mesma nascente.

Segunda adversidade é de cunho temporal — aquela advinda da imprecisão do tempo, seja pela dificuldade de apontar a dissociação entre passado e presente, seja pela a abstração das incertezas que o futuro reserva. Afinal, “tanto passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar linhas de continuidade” (ROSENFELD, 2003, p. 17 – 18).

Dentro da análise a respeito dos desafios típicos do decurso do tempo, o ilustre doutrinador destaca a importância da desconstrução de visão “sacramental” do conceito de sujeito constitucional e afasta eventuais primeiras — e errôneas — impressões de que este seria

imutável, permanente. Estas, segundo Rosenfeld, são rechaçadas pelas próprias restrições estabelecidas pela relação passado-presente-futuro nas mais diversas ordens constitucionais.

Destarte, acerca do pretérito, reforça que “nem mesmo a ruptura radical de uma revolução violenta possibilita uma diferenciação absoluta entre a ordem política pré-revolucionária e a pós-revolucionária” (ROSENFELD, 2003, p. 35). É desta máxima que se extrai a impossibilidade de desconsiderar a influência do passado, à medida que são as experiências oferecidas por ele que hão de estruturar o horizonte que o sucede.

Neste ínterim, oportuno recordar a lição de Nelson Camatta Moreira e Rodrigo Francisco de Paula (2014, p. 154), que reforça a importância do reconhecimento da relevância do passado na construção constitucional e de sua valorização sob risco de, ao ignorá-la — ou, em cenário mais alarmante, resenti-la — agravar os problemas inerentes ao processo de constitucionalização, “desperdiçando as ricas experiências vividas na história política e constitucional do Brasil, dificultando, ou até mesmo impedindo, a formação de uma identidade constitucional brasileira”.

Logo, é possível deduzir que, de uma forma ou outra, a lapidação de uma identidade constitucional contemporânea irá, inexoravelmente, refletir efeitos das memórias empíricas que antecedem seu surgimento, pois são elas que fomentam a repulsa ou apreço de uma sociedade por determinado cenário fático. Isso, *per si*, não é necessariamente positivo ou negativo, mas efeito natural que, na busca pela melhor compreensão da atualidade, não deve ser ignorado.

Ao lado do pretérito, é necessário levar em consideração as limitações constituídas pela incerteza do futuro, gerada diante da impossibilidade de prever os anseios e necessidades por ele reservadas. Segundo Rosenfeld (2003, p. 18 - 19):

Um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis. Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe. Mais ainda, precisamente em razão da incompletude do texto constitucional, as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis. [...]

Como se vê, é desta imprevisibilidade que deriva a necessidade de constantes (re)interpretações do texto constitucional. Homologamente, percebe-se que a própria Constituição será a fonte na qual o sujeito constitucional irá encontrar subsídios e fundamentos de sua reconstrução, ao passo que “motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível” (ROSENFELD, 2003, p. 40).

Por fim, quanto aos elementos que estruturam a conceituação do sujeito constitucional, há ainda que se apreciar a relação entre o “eu” (*self*) e o “outro”, consequência da multiplicidade de identidades que vigora na sociedade (e constitucionalismo) contemporâneo. Após explorar pontos de encontro entre as retóricas de Hegel e Lacan, Rosenfeld suscita a seguinte conclusão:

Na medida em que o constitucionalismo deve se articular com o pluralismo, ele precisa levar o outro na devida conta, o que significa que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites de sua própria subjetividade [...] o constitucionalismo moderno requer o governo limitado, a aceitação da *rule of law*, ou seja do Estado de Direito, e a proteção dos direitos fundamentais. Consoante essas exigências, os revolucionários vitoriosos que assumem o papel de constituintes devem reforçar sua pretensão de ocupar o lugar do legítimo sujeito constitucional ao renunciarem a um significativo montante de poder, se submetendo às prescrições do Direito e ao se limitarem em face dos interesses fundamentais dos outros. Há, é claro, muitos modos distintos mediante os quais os constituintes podem cumprir as condições para o surgimento do legítimo sujeito constitucional, mas todos eles envolvem a alienação do poder e a construção de uma auto-identidade dependente da vontade e da auto-imagem do outro. (ROSENFELD, 2003, p. 36 – 37).

Assim, identifica-se que sujeito constitucional, diante da dualidade entre o “eu” e os tantos “outros”, há de atuar como mecanismo de harmonização das múltiplas faces existentes em um grupo de indivíduo em uma identidade comum, considerando as necessidades peculiares àquele contexto, bem como a busca pela preservação de direitos e garantias fundamentais estruturados pela própria Constituição.

Levando em consideração os denominadores listados (linguagem, pluralismo, natural incompletude, pretérito, presente e futuro), emerge a necessidade da reconstrução da imagem do sujeito constitucional, no intuito de moldar o vislumbre da identidade constitucional em uma imagem definida (ROSENFELD, 2003, p. 41).

O procedimento reconstrutivo, neste sentido, é destinado, como lecionam Moreira e Paula (2014, p. 159), à obtenção de meios para possibilitar e justificar determinadas decisões, à medida que as novas abordagens do discurso constitucional carregam elementos capazes de harmonizar as recém-chegadas premissas com aquelas preexistentes, de modo a recompor a organização vigente entre ambas e/ou eliminar as pretéritas não mais capazes de subsistir.

O doutrinador apresenta três instrumentos argumentativos utilizados nesta reconstrução: negação, metáfora e metonímia. Estes, para se aproximarem ao máximo do resultado desejado, são interdependentes. Em outras palavras, participam do processo reconstrutivo de forma comum, possibilitando o usufruto dos benefícios peculiares de cada, como se observa:

A negação, a metáfora e a metonímia combinam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos pertinentes com vistas a produzir um discurso constitucional no e pelo qual o sujeito constitucional possa fundar a sua identidade. A negação é crucial à medida que o sujeito constitucional só pode emergir como um “eu” distinto por meio da exclusão e da renúncia. A metáfora ou condensação, por outro lado, que atua mediante o procedimento de se destacar as semelhanças em detrimento das diferenças, exerce um papel unificador chave ao produzir identidades parciais em torno das quais a identidade constitucional possa transitar. A metonímia ou deslocamento, finalmente, com ênfase na contiguidade e no contexto, é essencial para evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidades que permaneçam tão condensadas e abstratas ao ponto de aplainar as diferenças que devem ser levadas em conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o eu quanto o outro. Um quadro preciso de como o discurso constitucional pode moldar a identidade do sujeito constitucional através do trabalho com a negação, a metáfora e a metonímia, depende de uma avaliação adequada da interação entre as três. (ROSENFELD, 2003, p. 50)

Em abordagem mais minuciosa, Rosenfeld dedica tópicos de sua obra à definição de cada um destes referenciais. Esta análise demonstra crucial importância para melhor compreensão do resultado que, em conjunto, produzem e, portanto, entende-se pertinente reproduzir, de forma sucinta, algumas considerações do autor acerca de cada uma delas.

Preliminarmente, Rosenfeld (2003, p. 51), com fulcro na concepção Hegeliana, consigna que a negação é eixo que une o estado inicial no sujeito (hiato, carência) e seu estágio final (substância, preenchimento). Todavia, por excelência, o instrumento restringe-se a estabelecer tudo aquilo que o sujeito não é, sem preocupar-se em afirmar o que, de fato, é.

Essa perspectiva preocupa-se, em um primeiro momento, na percepção do vazio que o acomete, mediante a previsão de tudo aquilo que repudia e rejeita. Na sequência, então, irá desbravar os desafios da composição de sua identidade positiva, a qual só se torna possível

quando se recorre às identidades descartadas anteriormente, mediante apreciação da história, tradição e cultura da comunidade política pertinente (ROSENFELD, 2003, p. 53).

A negação se faz intrínseca ao verbete do pluralismo. De início, a negativa busca combater a exclusividade (ou predomínio) de todas as múltiplas concepções diferentes de bem para, em um segundo momento, readmiti-las, em posição menos massiva, de modo que possam conviver em harmonia. Por outro lado, nesta readmissão, é a própria tolerância imposta pelos critérios normativos constitucionais do pluralismo que irá guiar tanto quais concepções devem ser recepcionadas como a intensidade desta recepção (ROSENFELD, 2003, p. 54 – 57).

Ao trabalhar a metáfora, Rosenfeld (2003, p. 63) estabelece que esta encarrega-se de processo de combinação e substituição que visa a pontuação de similaridades e equivalências para formar vínculos de identidade e demonstra valiosa pertinência ao universo jurídico — a qual se alastra em campo que abrange desde a retórica aplicável à prestação jurisdicional até a leitura constitucional. Acerca desta, sustenta, *in verbis*:

**No domínio do discurso constitucional, por outro lado, a metáfora não somente opera no nível da retórica, mas também contribui ao assentar pontos cardeais de referência da ordem constitucional.** A começar pela assertiva “todos os homens”, no sentido de todos os seres humanos, “nascem iguais” sublinhando o postulado da igualdade sobre o qual se assenta o constitucionalismo moderno, há um grande número de construções constitucionais fundamentais que dependem decisivamente de processos metafóricos. **Assim, “todos os homens nascem iguais” certamente enfatiza as similaridades à custa das diferenças e, em um exame mais acurado, e, em última instância, pode depender mais da substituição do que da combinação. Sem dúvida, não se trata do fato de todos os seres humanos compartilharem certas características em comum, mas sim da proposição contrafactual de que todos os seres humanos são iguais enquanto agentes morais, que constitui a espinha dorsal do universo normativo associado ao constitucionalismo.** (ROSENFELD, 2003, p. 64, grifo nosso).

Com fulcro na passagem supratranscrita, é possível afirmar, tão logo, que no universo do discurso constitucional, a metáfora atuará como materialização da argumentação analógica, bem como enquanto referencial para aplicação dos direitos e deveres postulados por determinada Constituição.

Finalmente, na morada da metonímia, ao contrário do que se vê na metáfora, percebe-se a construção de laços entre o passado, presente e (projeções do) futuro do objeto em análise. Nas palavras de Rosenfeld (2003, p. 71), a argumentação metonímica, no âmbito constitucional, “conduz uma maior contextualização e, portanto, uma maior especificação” e

“pode ser empregada tanto para promover a ampliação quanto a restrição dos direitos constitucionais”.

A função maior deste recurso repousa na aplicação prática dos direitos constitucionalmente previstos. Afinal, embora, no campo abstrato, todos deveriam ser beneficiários da igualdade, o campo da realidade revela dificuldades e circunstâncias especiais que obstam o usufruto desta máxima (ROSENFELD, 2003, p. 73).

Coloca-se, aqui, correlação entre a lição de Rosenfeld com a percepção da diferença entre os conceitos de igualdade formal e igualdade material. Para a consagração dos valores intrínsecos ao Estado Democrático de Direito e a promoção dos direitos fundamentais, necessário tratar os iguais de maneira homogênea e os desiguais de maneira heterogênea, de modo a permitir a abreviação de sua desigualdade.

No âmbito da mencionada distinção de conceitos, cabe mencionar a doutrina de Flávia Piovesan (2008, p. 888), segundo a qual “determinados sujeitos de direito, ou determinadas violações de direito, exigem uma resposta específica e diferenciada”, de modo que certos tratamentos diferenciados passam a ser como não mais forma de cerceamento de direitos, mas sim como garantidores da satisfação destes.

Assim, a relevância da participação da metonímia no processo de construção da imagem do sujeito constitucional reside, justamente, no reconhecimento de que é necessário conhecer determinadas diferenças na hora de se construir uma identidade constitucional mais apurada. Dispensar tratamento indistinto a indivíduos estruturalmente desiguais, sem ponderação e consideração acerca de tais dessemelhanças, pode acarretar em quadro mais crítico de desequilíbrio entre os indivíduos (ROSENFELD, 2003, p. 74 - 75).

Neste diapasão, percebe-se a interdependência das três ferramentas — negação, metáfora e metonímia — para resolução deste desafio. Ao explorar a dialética de Rosenfeld, Silvagner Andrade de Azevedo e Alexandre de Castro Coura (2010, p. 213 - 214) instruem que o *hiatus* concebido pela negação fomenta a necessidade de atuação da metáfora e metonímia, no intuito de preencher tal vazio do conceito do sujeito constitucional, que, inexoravelmente, permanece “em sua luta por alcançar equilíbrio em um cenário sempre mutável”.

Com tais percepções, finaliza-se as breves considerações acerca da obra que ilustra as principais colaborações de Rosenfeld para o estudo da imagem do sujeito constitucional e seu processo de (eterna) ressignificação.

Sendo tal matéria, inevitavelmente, intrínseca ao texto da Lei Maior e seus componentes — direitos, deveres, princípios e garantias fundamentais — o tópico subsequente procura, de forma objetiva, abordar alguns dos elementos jurídicos constitucionais nacionais voltados, no particular, à igualdade e dignidade humana e à luta contra tratamentos discriminatórios.

## 2.2 A BUSCA PELA IGUALDADE E DIGNIDADE HUMANA NA LUTA CONTRA TRATAMENTOS DISCRIMINATÓRIOS ENTRE OS INDIVÍDUOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao apreciar a identidade constitucional estadunidense contemporânea, Michel Rosenfeld salienta estrutura pautada, essencialmente, na promoção da igualdade e da liberdade de expressão. Por outro lado, observa que a compreensão acerca da abrangência destes direitos é comprometida pela névoa de carência que adorna a imagem do sujeito constitucional. A dificuldade afeta, inclusive, a leitura da expressão “*We The People*” (Nós, o Povo), que introduz o preâmbulo da Constituição norte-americana (2003, p. 22 – 23).

No contexto da República Federativa do Brasil, há similitude identificável. Afinal, logo no preâmbulo constitucional nacional (1988) identifica-se a locução “Nós, representantes do povo brasileiro”, para promover Estado Democrático de Direito, que se destina a “(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)” (BRASIL, 2017, p. 1).

Ocorre que surge indagação quanto à amplitude dos sujeitos abraçados pelas máximas. Como observado na lição de Rosenfeld, a resposta a esse questionamento dependerá do cenário histórico-cultural no qual estará inserida uma sociedade; assim, a depender do contexto, é possível obter diferentes respostas.

No mais, mesmo diante de tão ampla capacidade de reinvenção desta imagem constitucional, há de existir, como destaca Ingo Wolfgang Sarlet, um fio condutor mínimo que preenche um rol de premissas básicas a serem respeitadas. Nas palavras do autor:

O problema do conteúdo da constituição, por sua vez, guarda relação (mas não se sobrepõe integralmente) com a noção de uma identidade constitucional que, embora em processo permanente de reconstrução — aqui cai bem a figura de uma constituição viva —, permite deslumbrar uma espécie de **fio condutor mínimo, formado pelos assim chamados elementos constitucionais essenciais** (que, de resto, também não pode ser galvanizado como um rol fechado em relação ao câmbio da realidade) **de premissas que, se forem afastadas ou mesmo, a depender do caso, afetadas significativamente, podem comprometer, precisamente, tal identidade**, razão pela qual se previu, entre outros mecanismos, a existência das assim chamadas cláusulas pétreas, que têm por objeto, precisamente, a preservação da identidade da constituição (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2020, p. 101, grifos nossos).

Com isso, entende-se que, por mais que acolher acepções/valorações que alcancem a integralidade de interesses da coletividade seja tarefa árdua — ou até mesmo inviável —, haverá de subsistir parâmetro básico de limites à extensão das possibilidades interpretativas, em nome da conservação dos valores constitucionais (e da identidade constitucional propriamente dita).

Outrossim, como lecionam os autores Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, não se deve olvidar o caráter universalizante dos direitos fundamentais, no sentido de permitir espaço à expressão do anseio pela mudança:

O aspecto contramajoritário dos direitos fundamentais reside exatamente na sua pretensão universalizante — naquilo que deve ser garantido a cada cidadão independentemente dos valores compartilhados pela eventual maioria — possibilitando assim que a tensão entre argumentos de apelo majoritário e minoritário opere continuamente, de forma que as posturas comunitárias ético-políticas não percam sua reflexividade e, portanto, seus potenciais inclusivos e emancipatórios.

Essa condição de reflexividade é essencial [...] para a ideia de comunidade de princípios, de integridade e, portanto, para a ideia de única resposta correta, permitindo que a cadeia histórica do direito possa ser relida e reapropriada, tendo-se como crivo os direitos fundamentais (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 65).

Dentro deste escopo, faz-se recordar, ainda, a lição de Fábio Konder Comparato (2019, p. 234), no sentido de que o “pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro [...] como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial”, uma vez que a “dignidade da pessoa humana não

pode ser reduzida à condição de puro conceito”, erguendo-se, assim, a necessidade de tutelar e promover as diferentes fontes de valores positivos.

Mediante o usufruto dessa linha de raciocínio, constata-se como primordial o estabelecimento de cautela e equilíbrio na busca por uma leitura adequada do texto constitucional. Afinal, ao mesmo tempo que de suma importância conservar parâmetros que limitam a amplitude desta apreciação (fundamentados pela própria Carta Magna), essencial permitir espaço para que todos os indivíduos possam exercer seus direitos básicos, inclusive no sentido de manifestar sua aspiração pela mudança — a qual, como se expressa reiteradas vezes, é natural ao processo de construção da imagem do sujeito constitucional.

Emerge, nesta conjuntura, a ilustração de dois institutos essenciais (e conexos) ao Estado Democrático de Direito: a dignidade humana e a igualdade. Ambos, embora não se confundam, compartilham vínculo proximidade.

Acerca desta relação, Sarlet (2020, p. 617) sustenta que há fortes evidências no sentido de prever a integração da dignidade humana na própria configuração da igualdade. *In verbis*:

[...] a proibição de qualquer tipo de discriminação arbitrária e contrária à igual dignidade de cada ser humano é a pretensão de igual respeito e consideração, inclusive de suas qualidades e circunstâncias pessoais, indicam como o princípio da dignidade humana passou a integrar a própria concepção de igualdade constitucional, operando como critério (material) de valoração, notadamente no que diz com a definição das discriminações materialmente não razoáveis, ou seja, a proibição de tratamentos diferenciados com base em critérios que violam a dignidade da pessoa humana.

Depreende-se, portanto, que um ponto comum a ser levantado entre tais elementos é, justamente, o trabalho conjunto na luta contra tratamentos discriminatórios. Afinal, ao passo que o princípio da igualdade promove a vedação a discriminações arbitrárias, a dignidade irá se encarregar de medir a razoabilidade (ou não) de determinada discriminação.

No que tange à *dignidade humana*, percebe-se grande dificuldade para defini-la em um conceito fechado, capaz de alcançar toda sua grandiosidade de dimensões. Conforme salienta Daniel Sarmiento (2019, p. 70), a natureza e complexidade de tal princípio obstam qualquer tentativa de cobrir completamente seus entornos.

Apesar da dificuldade constatada, não seria prudente considerá-la uma deficiência; até porque, no desafio de compreendê-la, surge uma oportunidade de ressignificar seu conteúdo. Por outro lado, seria igualmente indevido dispensar tratamento genérico e totalmente impreciso ao princípio, sob risco de enfraquecer as saudações pertinentes a ele.

Neste sentido, há vários esforços doutrinários no sentido de propor parâmetros para melhor compreensão deste. A título de exemplo, Sarmiento (2019, p. 28), ao propor um conceito contemporâneo da dignidade humana, esclarece que essa se trata da “[...] concepção de que todas as pessoas, por sua simples humanidade, têm intrínseca dignidade, devendo ser tratadas com o mesmo respeito e consideração”.

No mais, é de grande auxílio apreciar as funções exercidas pelo princípio da dignidade no âmbito do ordenamento jurídico nacional, especialmente para entender seu papel prático. Na oportunidade, oportuno chamar atenção para algumas delas.

Em um campo inaugural, destaca-se sua atuação como fundamento da ordem jurídica consagrado no art. 1º, III, da Lei Maior. Como elucidada Sarmiento (2019, p. 78 - 79), é neste cenário que a dignidade humana se demonstra fundamento moral do Estado e do próprio Direito, no intuito de fazer com que este não se pautem em construções vazias, mas sim em noções de democracia e amor aos direitos humanos.

Ainda sob essa perspectiva, Sarmiento (2019, p. 79 – 81) aponta o papel hermenêutico da dignidade da pessoa humana, no desempenho de guiar os processos de interpretação, aplicação e integração do Direito, de modo a ostentar *status* de principal referencial para a aplicação dos direitos e garantias fundamentais nas mais diversas áreas do conhecimento jurídico e atuar como critério de ponderação em casos onde vigorem interesses conflitantes.

Sarlet (2020, p. 276), ao versar sobre a função hermenêutica, sustenta que é por meio desta que se verifica a presença da dignidade humana no “processo judicial, inclusive (e cada vez mais) no âmbito da jurisprudência do STF, em que a dignidade atua como critério de interpretação e aplicação do direito constitucional e infraconstitucional, com particular destaque [...] para casos envolvendo a proteção e promoção dos direitos fundamentais”.

É o caso, por exemplo, do que se presencia na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543. Como será pormenorizado em tópico posterior, um dos aspectos cerne no debate acerca da doação de sangue por parte de homossexuais masculinos diz respeito, especificamente, à potencial ofensa à dignidade humana ao se estabelecer grupos (e não condutas) de risco como critério de exclusão e restrição da autonomia privada dos que almejam ser doadores.

Outra atribuição do princípio é a de limitar/controlar a atuação do Estado, de modo que não incorra em invalidade atos normativos, administrativos ou jurisdicionais que violem seu conteúdo (SARMENTO, 2019, p. 84).

Por fim, necessário salientar seu ofício no reconhecimento de direitos fundamentais que, mesmo não verbalizados na Carta Magna, podem ser extraídos como dignos da pessoa humana a partir de uma leitura contemporânea do verbete constitucional. Neste cenário, dispõe a cátedra de Sarmento (2019, p. 86 – 88):

[...] outra função importantíssima se liga ao reconhecimento de direitos não enumerados na Constituição. Com isso, visa-se a impedir que a pessoa humana fique desamparada diante de graves lesões e ameaças à sua dignidade, em razão de lacunas e incompletudes no rol de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. O princípio da dignidade, nessas situações, funciona como uma fonte adicional de direitos ou como uma espécie de “direito-mãe”, do qual se extraem direitos mais específicos não enumerados no texto constitucional. [...] A Constituição brasileira, como já ressaltado, possui um extenso e generoso elenco de direitos fundamentais. Por isso, esse uso do princípio da dignidade sem a companhia de qualquer outro direito fundamental não é tão frequente. Nada obstante, ele não apenas é possível, como importantíssimo, suprimindo as lacunas do rol de direitos inscritos na Constituição.

Possível traçar, por conseguinte, linha de participação do supracitado papel da vida digna no processo de reconstrução da imagem do sujeito constitucional, na tese proposta por Rosenfeld. Diante da incessante carência aflige tal identidade, a própria carta constitucional deve se ocupar de munir (e embasar) as novas facetas, de modo que estas sejam plausíveis.

A dignidade, tão logo, ao permitir o delinear de direitos não listados diretamente pela Constituição, (mas que, de sua interpretação somada à percepção da realidade social vivenciada possam ser reconhecidos), revela-se útil ferramenta às constituições vivas.

O princípio da *igualdade*, em seu bailar, também irá compor importante estrutura do Estado Democrático de Direito, consoante traduz a leitura de Sarlet (2020, p. 617). Clama atenção,

neste sentido, a leitura da Constituição Federal em seu art. 3º, III e IV, que promove a redução de desigualdades, bem como a promoção do bem de todos sem quaisquer formas de preconceito ou discriminação e no *caput* de seu art. 5º, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Outrossim, ainda segundo Sarlet, a igualdade pode ser refletida em três dimensões principais. Estas, por sua vez, refletem o aproveitamento dos conceitos de igualdade formal e igualdade material, como se observa:

[...] o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural (SARLET, 2020, p. 619).

Cabível compreender, portanto, que a máxima da igualdade se qualifica pela primazia da equidade entre os indivíduos, consagrado legítimo, contudo, o tratamento desigual que encontra justificação na razoabilidade e/ou buscar suprir desigualdades fáticas. O que se despreza, tão logo, são discriminações arbitrárias, sem fulcro em argumento racional.

No mesmo sentido, caminha a função metonímica na doutrina de Rosenfeld (2003, p. 73), que reconhece a impossibilidade de equilíbrio ao se dispensar tratamento idêntico a circunstâncias e necessidades distintas, ao passo que “[...] a igualdade requer mais a proporcionalidade do que a simples similitude de tratamento [...]”, sendo indispensável pôr na balança a contextualização para a colheita de melhores frutos.

Neste ínterim, cabe traçar breve menção à noção de *igualdade sexual*, que repousa entre as subespécies do princípio geral da igualdade. Trata-se, na concepção de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2013, p. 79), de verdadeira vedação à “discriminação sexual, que se configura cada vez que sejam tratadas de maneira diferente pessoas que fazem opções sexuais igualmente permitidas”.

Ocorre que, apesar de tais prerrogativas, diversas minorias permanecem a padecer às margens da sociedade, ao passo que, na prática, não lhes é efetivamente garantido o usufruto e gozo da plenitude de amparo jurídico-principiológico.

Como bem apontam Azevedo e Coura (2010, p. 200) esta intempérie é enfrentada pelos indivíduos homossexuais, diante da marginalidade constitucional e indefinição legal — o que, novamente, revela a necessidade de uma releitura da narrativa constitucional. Cabe ressaltar, contudo, que desde a publicação do comentário de Azevedo e Coura, passaram-se dez anos. Na última década, é possível listar série de conquistas que se revelam verdadeiros troféus à inclusão homoafetiva na guarita da imagem do sujeito constitucional.

Entre elas, uma das mais emblemáticas é, certamente, o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, das uniões estáveis entre casais do mesmo sexo biológico, no sentido de proporcionar tratamento equiparado àquele destinado a companheiros heteroafetivos. Sobre este julgamento, esclarece o Ministro Luís Roberto Barroso (2018, p. 27):

Em julgamento concluído em 5 de maio de 2011, o Plenário do STF ajudou a derrotar séculos de preconceito e assegurou aos casais homoafetivos os mesmos direitos dos casais heteroafetivos que viviam em união estável. Segundo o entendimento adotado enfaticamente pelo STF, a exclusão baseada na orientação sexual seria incompatível com o direito à busca pela felicidade, com o princípio da igualdade, com a proibição do preconceito, com a cláusula geral de liberdade — da qual decorre a proteção à autonomia privada — e com a própria dignidade da pessoa humana, que impede o Estado de negar a autodeterminação individual e de impor determinada visão do que seja a vida boa. Pouco mais à frente, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, em desdobramento dessa decisão, assegurou o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, vedando aos juízos do registro civil a recusa na respectiva celebração.

Se vê, desta forma, que a decisão dispõe de laço íntimo com os princípios de dignidade humana e de igualdade, observando na negativa ao reconhecimento desta modalidade de família verdadeira ofensa à autonomia privada e atentado aos direitos fundamentais.

A impetração da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543, ao questionar a vedação à doação de sangue por parte dos homossexuais masculinos (e suas parceiras sexuais) faz nascer, tão logo, um novo capítulo de uma longa caminhada, uma vez que promove debate acerca da existência de eventual discriminação arbitrária no conteúdo de normas infraconstitucionais.

Por esta razão, o capítulo subsequente se propõe a analisar sua íntegra, no sentido de averiguar a atuação do *r. decisum* no processo de reconstrução da face do sujeito constitucional e, especificamente, a forma com a qual negação, metonímia e metáfora conversam no corpo da decisão, nos argumentos trabalhados nos votos dos Ministros.

### **3 O JULGAMENTO DA ADI 5543: A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR PARTE DE HOMENS HOMOSSEXUAIS E SEUS REFLEXOS NA NOVA FACE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL**

No mês de maio de 2020, por maioria de 7 votos contra 4, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no âmbito da ADI 5543, pela declaração da inconstitucionalidade dos conteúdos encontrados no art. 64, IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e no art. 25, XXX, *d*, da RDC 34/2014, da ANVISA, que promoviam a vedação da doação sanguínea por parte de homossexuais masculinos e/ou suas parceiras sexuais pelo prazo de doze meses desde a última consumação de ato sexual.

O presente capítulo objetiva, em primeiro lugar, ilustrar alguns dos principais argumentos operados pelos E. Ministros no âmbito da ação, no intuito de melhor compreender a base decisória do caso concreto. Destaca-se desde já, contudo, que inexiste a pretensão de sanar todas os pontos abordados pelo *r. decisum*, por razões mormente factíveis.

Destarte, serão cotejados os votos do Relator, Ministro Edson Fachin, e do Ministro Marco Aurélio, que bem espelham as principais ponderações envolvidas. O primeiro representa a parcela majoritária, que compreendeu pela procedência da ação; o segundo, por sua vez, reflete o posicionamento da divergência, seja dos que votaram pela procedência parcial, seja daqueles que entendem pela improcedência total.

Na sequência, propõe-se aproximação da tese vencedora com a lição de Rosenfeld acerca do processo de reconstrução do sujeito constitucional, correlacionando, neste ínterim, a retórica do julgado com os instrumentos da negação, da metáfora e da metonímia.

### 3.1 AS PRINCIPAIS PONDERAÇÕES LEVANTADAS PELOS MINISTROS DO SUPREMO NA APRECIÇÃO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS HOMOSSEXUAIS

Representante da corrente majoritária, o voto do Relator, Ministro Edson Fachin, se inicia com a contemplação da alteridade, da empatia e do altruísmo inseridos no ato de doação, onde destaca a importância da construção de uma resposta à luz da necessidade do outro, uma vez que se encontram em pauta direitos e fundamentos constitucionais — em especial, a dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade, a igualdade e a relevância dos tratados internacionais de direitos humanos (BRASIL, 2020, p. 21).

Na sequência, há preocupação de elucidar, em diferentes esferas, as razões pelas quais a atribuição de grupos de risco acaba por se revelar discriminatória, falha e dispensável.

Em uma primeira linha, o Fachin esclarece que, em seu entender, a construção de grupos de risco **“lança mão de uma interpretação consequentialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de variadas enfermidades, como a AIDS”** (BRASIL, 2020, p. 22, grifo do autor).

Nas palavras do Ministro, tanto o art. 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, como o art. 25, XXX, *d*, da RDC 34/2014 da ANVISA, são sustentados pela concepção de que um maior risco ao contágio é inerente a homens cuja orientação sexual envolve a homossexualidade. Concepção esta não compatível com o Direito, uma vez que, utilitarista, se apropria da violação desmedida de direitos fundamentais de minoria para maximizar os de uma maioria restrita (BRASIL, 2020, p. 22 – 23).

Compreende, neste íterim, que são fomentados dois malefícios. O primeiro é, justamente, cercear integridade de uns ao atribuir-lhes, singularmente por sua sexualidade, o fardo de desviantes; o segundo, por sua vez, é criar a falsa impressão de que “aquilo que erroneamente se reputa como a sexualidade normal seria inalcançável pelas enfermidades transmissíveis pelo sangue, propagando não apenas preconceito, mas as próprias doenças cuja transmissão que se almeja evitar” (BRASIL, 2020, p. 23).

Quanto à dignidade, Fachin reforça, com fulcro na cátedra de Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, o papel da Constituição Federal enquanto parâmetro ético e “compromisso fundamental de uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais”, em nome da alteridade (BRASIL, 2020, p. 26).

Em sentido similar, identifica que, apesar de se denominem temporárias, as normas acabam por ser, na prática, definitivas para qualquer indivíduo homossexual (ou bissexual, ou suas parceiras) que possua vida sexual ativa (BRASIL, 2020, p. 27). Fachin entende que as restrições impostas impedem que essas pessoas exerçam sua plena autonomia. *In verbis*:

**O plexo normativo da Portaria do Ministério da Saúde e da Resolução da ANVISA ora questionado afronta a autonomia daqueles que querem doar sangue e, por ele estão impedidos, porque restringe a forma dessas pessoas serem e existirem.** Exigir que somente possam doar sangue após lapso temporal de 12 (doze) meses é impor que praticamente se abstenham de exercer sua liberdade sexual. A precaução e segurança com a doação podem e devem ser asseguradas de outra forma, de tal maneira que não comprometa a a autonomia para ser e existir dessas pessoas. O fato de um homem praticar sexo com outro homem não o coloca necessária e obrigatoriamente em risco. Pense-se, por exemplo, em relações estáveis, duradouras e protegidas contra doenças sexualmente transmissíveis. Não há em tal tempo, em princípio, maior risco do que a doação de sangue de um heterossexual nas mesmas condições de relação. No entanto, apenas àquele é vedada a doação de sangue. **Há, assim, uma restrição à autonomia privada dessas pessoas, pois se impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem querem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável. Da mesma forma, há também, em certa medida, um refreamento de sua autonomia pública, pois esse grupo de pessoas tem sua possibilidade de participação extremamente diminuída na execução de uma política pública de saúde relevante de sua comunidade – o auxílio àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue** (BRASIL, 2020, p. 28 – 29, grifo do autor).

Outro aspecto colocado em xeque, segundo o jurista, é o desempenho dos direitos da personalidade, uma vez que condiciona, de maneira não justificada por argumentos racionais, o exercício de uma das dimensões desta (a alteridade, pelo ato de doação) ao aniquilamento de outra (a liberdade sexual) (BRASIL, 2020, p. 33).

Estabelece que a política restritiva de um ano imposta aos homens homossexuais pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA, ainda que desintencionalmente, é óbice ao pleno exercício da igualdade independentemente da orientação sexual, pois fomenta a existência de ilegítimo estigma contra um grupo de pessoas (BRASIL, 2020, p. 39) e “acaba tal limitação, a despeito de intentar a proteção, impondo impacto desproporcional sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou as parceiras destes ao injungir-lhes a proibição da fruição

livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue” (BRASIL, 2020, p. 45).

O Relator destaca que inexistente razoável justificativa para a existência das normas, ao passo que sua exclusão não acarretaria danos à coletividade ou terceiros, pois (a) existe a previsão de condutas de risco — aplicáveis a todos, independente da orientação/identidade sexual — capazes de averiguar a aptidão a doação (BRASIL, 2020, p. 36) e (b) a chamada janela imunológica, que embarça a detecção de HIV e hepatite no sangue doado, com o atual teste utilizado pelos Bancos de Sangue, dura cerca de doze dias, o que torna excessiva a barreira de doze meses (BRASIL, 2020, p. 45 – 46).

Sua corrente de pensamento, por fim, abrange menção aos tratados e às convenções de direitos internacionais, que manifestam a importância da vedação à discriminação (BRASIL, 2020, p. 55). Reforça, neste interím, que o art. 64, IV, da Portaria 158/2016, do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, d, da RDC 34/2014, da ANVISA, são inconcebíveis tanto por observância do direito interno como do direito internacional (BRASIL, 2020, p. 55).

De forma conclusiva, o Relator aponta os elementos cruciais à sua conclusão pelo provimento da demanda. São eles:

**Em síntese Senhora Presidente**, o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA:

- a) **ofendem a dignidade da pessoa humana (autonomia e reconhecimento)** e impedem as pessoas por ela abrangidas de serem como são (art. 1º, III, CRFB);
- b) vituperam os **direitos da personalidade à luz da Constituição da República**;
- c) **aviltam**, ainda que de forma desintencional, **o direito fundamental à igualdade** ao impedir as pessoas destinatárias da norma de serem tratadas como iguais em relação aos demais cidadãos (art. 5º, caput, CRFB);
- d) fazem a República Federativa do Brasil **derrubar o que ela deveria construir – uma sociedade livre e solidária – art. 3º, I, CRFB**;
- d) **induzem o Estado a empatar o que deveria promover – o bem de todos sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação – art. 3º, IV, CRFB**;
- e) **afrontam a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, os quais, em razão do § 2º do art. 5º, da CRFB, por serem tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos,**

**possuem natureza materialmente constitucional. Vale dizer, em que pese não estarem sediados no texto da Constituição da República de 1988 os direitos previstos nesses tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a ela se incorporam quando o Brasil torna-se parte destes.**

Diante disso, dou procedência à presente Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar inconstitucionais os dispositivos impugnados.

É como voto (BRASIL, 2020, p. 55 – 56, grifo do autor).

Superado o panorama geral da corrente favorável à declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, cumpre apreciar os atributos defendidos pela divergência, emoldurados de forma ampla no voto breve, porém abrangente, do Ministro Marco Aurélio.

De início, o Ministro destaca a preocupação com a saúde pública (integridade do receptor, em especial), no intuito de evitar a contaminação pelo sangue coletado. Compreende que as restrições encontram fundamento em dados concretos, que demonstram riscos existentes em determinadas condutas. De forma conjunta, expõe que a inaptidão se estende pelo mesmo intervalo de tempo a outras circunstâncias, tais como “cidadãos que se envolvem com prostituição, hajam feito tatuagem ou *piercing* em situações de risco, ou possuam parceiros sexuais diversos, ocasionais, desconhecidos ou que tenham contraído doenças sexualmente transmissíveis”. Salienta, neste íterim, que não se deve partir de óptica de preconceito quando se fala em saúde pública, sob risco de inviabilizar a segurança (BRASIL, 2020, p. 157).

Marco Aurélio arrazoa que nem o interesse em maximizar a doação, nem o intuito de potencializar as ações referentes à isonomia justifica o cerceamento do direito fundamental à saúde, uma vez demonstrada a necessidade de determinada política (BRASIL, 2020, p. 158).

No mesmo quadro, reforça, com fulcro em dados fornecidos pelo Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS, que as taxas de incidência do HIV, tanto no cenário brasileiro como no mundial, indicam altos números entre a população homossexual masculina, principalmente quando comparados com os da população geral. Neste campo, nasce justificativa às normas implementadas pelas autoridades sanitárias, ainda que severas, em nome do “bem jurídico maior que se pretende resguardar – a saúde pública” (BRASIL, 2020, p. 158).

Com tais considerações, finda-se a exposição dos mais emblemáticos atributos retóricos presentes no r. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543/DF. Neste liame, cumpre recordar que, apesar das diferenças manifestadas nas interpretações dos Ministros, a fonte de origem é, indubitavelmente, a mesma: a literatura constitucional brasileira.

Não se trata de surpresa a pluralidade de respostas a uma mesma problemática; aliás, este é cenário usual e previsível, como bem assenta a doutrina. Coaduna essa linha de pensamento a doutrina de Paulo Ricardo Schier (1999, p. 132), que destaca a importância de se buscar, dentre as múltiplas interpretações possíveis aquela que mais se adequa à Lei Maior.

Logo, ao se formular uma resposta quanto à constitucionalidade ou à inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional, não se pretende atribuir medições de “certo” ou “errado”, “positivo” ou “negativo”, mas, sim, de mais pertinente aos valores constitucionais. Mais que isso, a interpretação do Judiciário possibilita a atualização destes valores às necessidades atuais.

Neste sentido, faz jus à menção, novamente, a lição de Schier (1999, p. 136):

A adequada manipulação da técnica da interpretação conforme permite ao Poder Judiciário “atualizar” a ordem jurídica ordinária em face dos valores constitucionais sem demandar nova atividade legiferante. O juiz, diante do caso concreto, terá a oportunidade de realizar a adequação do conteúdo normativo de leis infraconstitucionais através da configuração atual dos princípios da Constituição. Não por outra razão é que se trata de técnica através da qual se afirma o chamado “registro de aprendizagem constitucional”, permitindo o estabelecimento de diálogo entre as realidades jurídica e social.

Neste passo, compreende-se também que a interpretação conforme confirma a necessidade da compreensão sistemática do fenômeno constitucional e sua normatividade. É a noção de sistema que impõe a unidade da normatividade constitucional e, portanto, a unidade hierárquico-normativa da Constituição. É, ainda, a idéia de abertura do sistema que permite que a normatividade constitucional se imponha à realidade ao mesmo tempo que com ela aprenda.

Diante da relação entre o papel do Estado-Juiz e a aplicação (e releitura) da matéria constitucional na contemporaneidade, floresce o diálogo com os ensinamentos de Rosenfeld acerca do sujeito constitucional e sua eterna (re)construção.

Nestes conformes, emerge a essência da proposta do tópico final do presente estudo: a comunicação que pode ser lida entre a decisão proferida pelo Supremo no âmbito da Ação

Direta de Inconstitucionalidade 5543 e a atuação concomitante de negação, metáfora e metonímia, segundo a perspectiva de Michel Rosenfeld, na composição das novas feições do sujeito constitucional brasileiro.

### 3.2 OS REFLEXOS DA DECISÃO: EVIDÊNCIAS DA RECONSTRUÇÃO DO SUJEITO CONSTITUCIONAL DIANTE DA MANIFESTAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Seja em “*A identidade do sujeito constitucional*”, de Michel Rosenfeld, seja no douto voto do Ministro Edson Fachin no julgamento da Ação de Inconstitucionalidade n. 5543/DF, é possível identificar, como ponto de partida, o olhar para o outro como ponto-cardinal, fonte de inspiração e premissa estrutural.

No âmbito do r. voto (BRASIL, 2020, p. 24 – 26) esta preocupação surge forjada na alteridade, na possibilidade de permitir à Constituição, pela via interpretativa, o cumprimento dos compromissos de dignidade e igualdade. Mais que isso, surge, nas palavras de Fachin, como responsabilidade do Judiciário na construção de um novo capítulo da narrativa constitucional.

Já consoante Rosenfeld (2003, p. 36 – 40), esta mensagem é intrínseca à composição do constitucionalismo que, por excelência, é caracterizado pelo convívio de identidades distintas e diversificadas, razão pela qual é imprescindível que a imagem do sujeito constitucional almeje a proteção vinculada das múltiplas faces de “eu” e “outro”.

Do reconhecimento da própria pluralidade, é possível delinear a presença da negação, ao tratar a presença de uma tradição social (*in casu*, orientação sexual heteroafetiva) e uma fuga à tradição (orientação sexual homoafetiva), que irá contribuir ao processo de construção de uma identidade constitucional ciente da diversidade. Neste sentido, impera recorrer à lição de Azevedo e Coura (2010, p. 207 – 208):

Como decorrência do pluralismo, inerente ao constitucionalismo, e por meio da negação, o sujeito constitucional homossexual emerge como um “eu” distinto por meio da exclusão e da renúncia, que são apresentadas tanto nos processos de

justificação como nos de aplicação normativa. Esse é o primeiro momento que se seguirá na busca da definição de uma autoidentidade constitucional positiva, a ser complementada pelo ferramental reconstrutivo da metáfora e da metonímia.

Desta percepção, é palatável a existência de negação, metáfora e metonímia como agentes coparticipativos. Árdua tarefa seria delimitar onde se inicia o ponto de partida de um ou de outro, ao passo que a atuação das ferramentas pode ser percebida de forma simultânea, como um verdadeiro ciclo de causas e efeitos. É, em síntese, o que pode se extrair do seguinte trecho da obra de Rosenfeld (2003, p. 83):

De um ponto de vista assim geral, a negação especificamente, por meio da determinação, do recalçamento ou da repressão e da renúncia, assume o papel principal na tarefa de esculpir a identidade do sujeito constitucional, com a metáfora e a metonímia cumprindo a importante missão de fornecer conteúdo aos respectivos papéis de identidade e diferença. A negação, é claro, delimita o sujeito constitucional ao fazer a mediação entre identidade e diferença. Mas identidade e diferença só podem adquirir formas determinadas ao se utilizar o trabalho da metáfora e da metonímia. Em outros termos, somente a metáfora e a metonímia revelarão qual identidade – ou mais precisamente, quais identidades – e qual diferença – ou diferenças – devem ser mediatizadas pela negação para a produção de uma reconstrução plausível de um sujeito constitucional adequado.

Assim, após a primeira fase da negação, puramente negativa, são dados os próximos passos na busca por uma identidade diversa e multifacetada, onde esforços são essencialmente concentrados no suprimento do vazio (*hiatus*) lançado pelo primeiro estágio do processo construtivo (ROSENFELD, 2003, p. 51 - 52). Estes passos, por sua vez, são conexos à percepção do papel da metonímia e da metáfora.

Para melhor usufruir da amplitude das ferramentas metonímica e metafórica, Rosenfeld (2003, p. 84 - 86) reforça a importância da contextualização. Esta contextualização, por sua vez, poderá vir a guiar a preponderância de uma ou de outra. No âmbito jurídico, como ensina o autor, esta inclinação é significativamente orientada pelo interesse no resultado; ao se buscar a expansão de abrangência de uma norma, são concentrados esforços na metáfora, enquanto para limitar este espaço, usufrui-se mormente da metonímia.

Quanto à aplicação desta lógica ao caso concreto em destaque, cumpre notar certa primazia de efeitos da metáfora, por força de efeitos irradiados, em especial, pela aplicação da dignidade humana, da igualdade e da própria autonomia privada (seja para o exercício do ato filantrópico de doar sangue, seja na manifestação da liberdade sexual), elementos que, por

força da carta constitucional, são inerentes a todos independente de gênero, orientação sexual ou qualquer outra natureza.

Isso, possivelmente, reforça a percepção do Supremo Tribunal Federal quanto à inexistência de fundamento razoável para o tratamento desigual — e, justamente aqui, é possível trazer a dialética metonímica como a própria razão de ser da prevalência, na oportunidade, das semelhanças sob as diferenças.

Merece destaque, aqui, os apontamentos traçados pelo Ministro Edson Fachin acerca das avarias presentes na aplicação de restrições com base em grupos de risco. Isso por que se trata de interpretação consequencialista, atribuindo ao exercício da orientação sexual homossexual o estigma de potencial criador de suscetibilidade superior a doenças, independente das individualidades de cada hipótese (BRASIL, 2020, p. 22). Neste mesmo sentido, o Relator exemplifica, *in verbis*:

O fato de um homem praticar sexo com outro homem não o coloca necessária e obrigatoriamente em risco. Pense-se, por exemplo, em relações estáveis, duradouras e protegidas contra doenças sexualmente transmissíveis. Não há em tal exemplo, em princípio, maior risco do que a doação de sangue de um heterossexual nas mesmas condições de relação. No entanto, apenas àquele é vedada a doação de sangue (BRASIL, 2020, p. 29).

A ideia de ausência de argumento razoável para uma discriminação é reforçada, também, pela possibilidade de usufruto da óptica de condutas de risco — que se estendem a todos os indivíduos, independente de orientação sexual, gênero ou outras concepções generalistas — para elaboração de medidas constrictivas à doação de sangue.

Fachin (BRASIL, 2020, p. 37 – 38) salienta que as demais normas da Portaria do Ministério da Saúde, excetuada tão somente a hipótese dos homens que fazem sexo com homens, refletem justamente condutas às quais um indivíduo foi submetido, e não propriamente de traços de sua existência. Restrições, assim, que revelam a possibilidade de promover os devidos cuidados, sem ensejar qualquer espécie de discriminação com o doador por seu gênero ou orientação sexual nem colocar em xeque a segurança do sangue.

Por estes termos, principalmente, é que a corrente majoritária do Supremo Tribunal Federal entende pela inconstitucionalidade da restrição à doação de sangue por parte homossexuais

masculinos e suas parceiras sexuais. Inexiste argumento suficiente para justificar o tratamento desigual; tão logo, as normas infraconstitucionais refletem, ainda que de forma inconsciente, verdadeira discriminação arbitrária (BRASIL, 2020, p. 45).

Inexiste justificação razoável para tratamentos desiguais, ergue-se a importância de recorrer à metáfora. A importância de não tratar o outro como um agente inferior ou perigoso, mas sim como iguais à luz das prerrogativas morais, sociais e jurídicas compartilhadas dentro da coletividade (BRASIL, 2020, p. 15).

Como esclarecem Moreira e Paula (2014, p. 160 – 161), essencial promover o encontro das experiências passadas, delineada por afirmação de cidadania e luta por direitos humanos às promessas do futuro, abraçadas pela Constituição de 1988.

Neste viés, de acordo com Rosenfeld (2003, p. 64), a metáfora também irá atuar como referencial dos principais anseios de uma ordem constitucional. Ao priorizar as similaridades sob as diferenças ao fomentar a igualdade, promove algo que “[...] não se trata tanto do fato todos os seres humanos compartilham certas características em comum, mas sim da proposição contrafactual de que todos os seres humanos são iguais enquanto agentes morais [...]”.

A relevância do tratamento equânime é destacada, no Acórdão justamente em nome da dignidade humana, ao lado da igualdade e da autonomia, bem como pelo **“reconhecimento desse grupo de pessoas como sujeitos que devem ser respeitados e valorizados da maneira como são, e não pelo gênero ou orientação sexual das pessoas com as quais se relacionam”** (BRASIL, 2020, p. 30, grifo do autor).

## CONCLUSÃO

Com o decurso dos meses, anos, décadas ou séculos, a tendência natural das coisas é a mudança. O surgimento de novas técnicas, novas perspectivas e necessidades, inevitavelmente, respinga efeitos no universo do Direito que, para permanecer apto a zelar pelas relações no convívio em sociedade, deve dispor-se a dialogar com a realidade que o cerca.

Para tanto, é essencial que, junto à tradição, mantenham-se firmes princípios, direitos e demais prerrogativas que foram conquistados a partir da luta pelo reconhecimento. Imperioso, simultaneamente, que estes estejam abertos às novas interpretações, especialmente quanto à sua extensão no cenário fático.

Nesta prosa entre identidade e (re)construção, floresce a imagem do sujeito constitucional, fruto multifacetado da comunicação do “eu” com vários outros em uma coletividade plural que, de forma incessante, encontra-se na busca por uma definição de si próprio.

Durante essa jornada, o sujeito dispõe do auxílio de ferramentas coparticipantes (negação, metáfora e metonímia) que, por meio do descarte, seleção e comparação de similitudes e diferenças, possibilitam a obtenção de uma imagem pertinente, ainda que efêmera — afinal, por excelência, esta entidade sempre irá carecer de novas leituras para suprir o *hiatus* que a acompanha.

Nesta teia, é possível compreender a atuação do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543 como mais um capítulo da trajetória do reconhecimento de direitos e, não obstante, da construção de uma imagem do sujeito constitucional pertinente às demandas atuais.

Após uma primeira fase de renúncias e exclusões (fase puramente negacionista), surge um *hiatus* a ser preenchido, após um manuseio de similaridades (metáforas) e distinções (metonímias), pelas multifaces que convivem simultaneamente em uma sociedade plural.

No contexto dos indivíduos homossexuais, em específico, traz-se uma figura de “eu” (“self”) que, apesar de distinta a de uma tradição heteronormativa, faz jus a tratamento equânime, uma

vez que sobressaem as aproximações face às distinções. Não percebido argumento razoável para justificar a aplicação de um tratamento distinto ao seu *status* enquanto doador em potencial.

Em outras palavras, com fulcro no posicionamento colacionado pela maioria do Supremo, submeter restrição à autonomia destes indivíduos para atuar enquanto doadores sem qualquer afincamento com a proporcionalidade é estigmatizar não só sua identidade (o que, por si só, é lastimável), mas também seu sangue, uma das maiores recordações materiais do que nos aproxima enquanto seres humanos.

Não por outra razão, portanto, é retomada a necessidade de compreender o sujeito constitucional por meio de um diálogo com os princípios que coabitam no Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. A Inconstitucionalidade das Regras Discriminatórias para Doação de Sangue por Homossexuais Masculinos. **Revista de Políticas Públicas e Segurança Social**, (Internet), v. 1, n. 2, p. 15 – 31, 2017/2. Disponível em: <<https://www.neppss.com/revista/index.php/revistappss/article/view/2017010201>>. Acesso em: 16 out. 2020.

AZEVEDO, Silvagner Andrade de; COURA, Alexandre de Castro. Igualdade, Inclusão e a Inexorável (Re)construção da Identidade do Sujeito Constitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 8, p. 197-218, jul./dez, 2010. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/30/32>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

BAISEREDO, André Moreira. Vedação à Doação de Sangue por Homens que Fazem Sexo com Homens: Constitucional ou Inconstitucional? **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 377 – 397, maio/ago., 2017. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista79/revista79\\_377.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **Resolução – RDC nº 34, de 11 de junho de 2014**. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue. Disponível em: <[http://www.hemoce.ce.gov.br/images/PDF/resolucao\\_rdc34\\_2014.pdf](http://www.hemoce.ce.gov.br/images/PDF/resolucao_rdc34_2014.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 54ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html)>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 1.075, de 27 de março de 1950**. Dispõe sobre doação voluntária de sangue. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11075.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11075.htm)>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001**. Regulamenta o §4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110205.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110205.htm)>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543/DF**. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília. Data de Publicação: 22 maio 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344168708&ext=.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2020.

CAETANO, Marcio; NASCIMENTO, Claudio; RODRIGUES, Alexsandro. Do caos re-emerge a força: AIDS e mobilização LGBT. *In*: CAETANO, Marcio; FERNANDES, Marisa; GREEN, James N., QUINALHA, Renan (Org.). **História do Movimento LGBT no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2018, p. 279 – 295.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à Livre Orientação Sexual e Tutela da Diversidade Sexual pela Constituição Federal de 1988. *In*: FERRAZ, Carolina Valença et al (Coord.). **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75 - 87.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado Cível 0750853-59.2017.8.07.0016**. Relator Juiz Asiel Henrique de Souza. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais. Data de Julgamento: 02 abr. 2019. Data de Publicação: 11 abr. 2019. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697295003/7508535920178070016-df-0750853-5920178070016?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 out. 2020.

ESPINDOLA, Ângela Araujo da Silveira; KARAM, Henriete. Constitucionalismo Contemporâneo e Constituição Ficcional Fundadora: o Caráter Construtivo e Fictício das Interpretações à Luz da Matriz Direito-Literatura. **Revista De Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 3, p. 67 – 90, set./dez. 2019. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1797/pdf>>. Acesso em: 20 out. 2020.

JUSTIÇA proíbe Estado de inabilitar candidato a doação de sangue por sua orientação sexual. **Portal do Judiciário Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte**, 24 jul. 2019.

Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/15752-justica-proibe-estado-de-inabilitar-candidato-a-doacao-de-sangue-por-sua-orientacao-sexual>>. Acesso em: 18 out. 2020.

JHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 1. ed. São Paulo: Leme, 2016. p. 11 – 25.

MOREIRA, Nelson Camatta; PAULA, Rodrigo Francisco de. A Constituição de 1988 na História do Constitucionalismo Brasileiro: Desafios na (Re)construção de uma Identidade Constitucional no Brasil. *In*: ROBERTO, Giordano Bruno Soares; SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **História do Direito**. 1. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014, v. 1, p. 150 - 164. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=34470a05eb3bfbee>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

NASCIMENTO, Diane Raimundo do. A face visível da Aids. **História, Ciências, Saúde**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 169 – 184, mar./jun., 1997. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/hcsm/v4n1/v4n1a08.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2020.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque de; TANAKA, Mirtha Susana Yamada. Homens que fazem sexo com homens e a análise ética da triagem dos doadores de sangue no Brasil. **Revista Bioética**, Conselho Federal de Medicina, Brasília, v. 18, n. 3, p. 589 - 601, 2010. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/3615/361533254007.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Política de Bom Procedimento para Segurança e Disponibilidade do Sangue**, Genebra, 2008. Disponível em: <[https://www.who.int/bloodsafety/publications/who\\_eht\\_08\\_02\\_pt.pdf?ua=1](https://www.who.int/bloodsafety/publications/who_eht_08_02_pt.pdf?ua=1)>. Acesso em: 05 out. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 887 – 896, set./dez. 2008. Disponível em: <<http://flacso.redelivre.org.br/files/2012/07/644.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas na Democracia Participativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0061013-33.2016.8.19.002**. Relatora Desembargadora Denise Levy Tredler. 21ª Câmara Cível. Rio de Janeiro. Data de Julgamento: 10 set. 2020. Data de Publicação: 23 set. 2020. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D222F1EA33C628B528BE4C9B03D9828FC50D1F42514B&USER=>>>. Acesso em: 17 out. 2020.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Traduzido por Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 1025926-41.2014.8.26.0562**. Relatora Cristina Medina Mogioni. 6ª Câmara de Direito Privado. São Paulo. Data de Julgamento: 21 jul. 2018. Data de Publicação: 21 jul. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11739186&cdForo=0>>. Acesso em: 17 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

TEIXEIRA, Rosemary Almeida de Oliveira. Contextualização da captação de doadores na hemoterapia brasileira. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. **Manual de Orientações para Promoção da Doação Voluntária de Sangue**. 1. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2015. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual\\_orientacoes\\_promocao\\_doacao\\_voluntaria\\_sangue.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_orientacoes_promocao_doacao_voluntaria_sangue.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2020.

TOMAZ, Anderson Pereira. **A Vedação de Doação de Sangue Ofertada por Homens Homossexuais aos Hemocentros Brasileiros: Estudo sob a Ótica do Princípio da Igualdade**. 76 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/4718/1/ANDERSON%20PEREIRA%20TOMAZ.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2020.

YAMAMOTO, Naoko. **Blood donation by men who have sex with men (MSM)**. [yamamoto@who.int]. Mensagem recebida por Toni Reis, Presidente da Aliança Nacional LGBTI. 9 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/07/bd55c74aaafa8b11a60a81e930acc13.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2020.