



A DOUTRINA DAS “CATEGORIAS SUSPEITAS” E A NOÇÃO DE “ESCRUTÍNIO ESTRITO” NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.543/DF (DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS)

THE “SUSPECT CLASSIFICATION” DOCTRINE AND THE NOTION OF “STRICT SCRUTINY” IN THE FEDERAL SUPREME COURT’S CASE-LAW: ANALYSIS OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY 5.543/DF (BLOOD DONATION BY HOMOSEXUALS)

Mônia Clarissa Hennig Leal

Possui pós-doutorado pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls) (2007), doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005), doutorado sanduíche pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls) (2004), mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2001), graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999). Atualmente é professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul, onde ministra as disciplinas de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas (Doutorado em Direito), de Jurisdição Constitucional (Mestrado em Direito), de Ações Constitucionais e de Metodologia da Pesquisa (Pós-Graduação Lato Sensu) e de Teoria e de Direito Constitucional (Graduação em Direito).

RESUMO

Reiteradamente a jurisdição constitucional é chamada a averiguar a constitucionalidade de normas diante da alegação de que violam de maneira desproporcional e excessiva os direitos fundamentais de determinadas parcelas mais desassistidas da sociedade. Assim, a partir da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.543, que declarou inconstitucionais os normativos que consideravam inaptos temporariamente para doação sanguínea homens que fazem sexo com outros homens, pergunta-se: é possível afirmar que o STF adotou a noção de categoria suspeita em relação a homens homossexuais e bissexuais ao aplicar uma análise mais estrita da proporcionalidade em relação à noção de igualdade e de não-discriminação desse grupo? Para responder ao problema de pesquisa proposto, utilizar-se-á do método de

abordagem dedutivo e do método de procedimento analítico, inicialmente trazendo-se uma breve análise dos fundamentos utilizados para a declaração de inconstitucionalidade das normas que restringiam a doação. Em seguida, passar-se-á a explorar a doutrina das categorias suspeitas e do escrutínio estrito, demonstrando-se como esses institutos auxiliaram na promoção e resguardo dos direitos de igualdade e não-discriminação no caso da ADI 5.543. Ao final, analisar-se-á a menção feita ao escrutínio estrito na respectiva decisão e o possível reconhecimento da noção de categoria suspeita, a fim de resguardar o direito à igualdade. Conclui-se que, ainda que de maneira indireta, o STF reconhece a noção de categoria suspeita em relação a grupos minoritários que possuem acentuadas chances de discriminação, como é o caso dos homens homossexuais e bissexuais, porém, não concedeu ao caso da doação de sangue por HSH's uma análise de proporcionalidade mais estrita.

Palavras-chave: ADI 5.543/DF. Categorias suspeitas. Escrutínio estrito. Direito à igualdade e não-discriminação. Minorias sexuais.

ABSTRACT

Repeatedly the constitutional jurisdiction is activated to ascertain the constitutionality of rules in face of the allegation that they violate disproportionately and excessively the fundamental rights of certain unassisted portions of society. That way, from the analysis of the Federal Supreme Court's decision in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 5.543, which declared unconstitutional the acts that considered men who have sex with other men temporarily ineligible to donate blood, it is asked: is it possible to state that the highest Brazilian court adopted the notion of suspect classification concerning homosexual and bisexual men when applying a stricter analysis of the proportionality in relation to the notion of equality and of non-discrimination of this group? To answer the proposed research problem, the deductive approach method and the analytical procedure method will be used, providing initially a brief analysis of the foundations used for the declaration of unconstitutionality of the rules that restricted the donation. Next, the suspect classification and the strict scrutiny doctrines will be explored, demonstrating how these institutes helped to promote and guard the right to equality and non-discrimination in the ADI 5.543 case. Finally, the mention of strict scrutiny in the respective decision and the possible recognition of the notion of suspect classification will be analyzed, to protect the right to equality. The conclusion was that, even though indirectly, the Federal Supreme Court recognizes the notion of suspect classification concerning minority groups that have better chances to be discriminated, as it is the case of homosexual and bisexual men, however, it did not give the case of blood donation by MSM's a more strict proportionality analysis.

Key-words: ADI 5.543/DF. Suspect classification. Strict scrutiny. Right to equality and non-discrimination. Sexual minorities

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A jurisdição constitucional brasileira, buscando garantir o direito de igualdade

e de não-discriminação prescrito na Constituição Federal de 1988, tem decidido a favor das minorias que possuem um histórico de desigualdade e discriminação que as impossibilita do pleno gozo de seus direitos fundamentais. É nesse contexto que a incorporação da noção de “categoria suspeita” e de “escrutínio estrito” de proporcionalidade em relação a grupos estigmatizados ganha relevo, enquanto ferramenta interpretativa de reforço da concretização desses direitos.

Com isso, o presente artigo pretende, através da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.543/DF, que declarou inconstitucionais os normativos que consideravam inaptos temporariamente para doação sanguínea homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras, responder ao seguinte problema de pesquisa: é possível afirmar que o mais alto tribunal brasileiro adotou a noção de categoria suspeita em relação a esse grupo ao aplicar uma análise mais estrita da proporcionalidade em relação à noção de igualdade e de não-discriminação dessa minoria sexual?

No intuito de responder a esse questionamento, utiliza-se do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento analítico. Inicialmente, explorando-se os fundamentos explicitados na ADI 5.543/DF, que declarou inconstitucional os normativos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e do Ministério da Saúde, focam-se aspectos como a desproporcionalidade dos normativos em comento e a afronta aos direitos de igualdade e não-discriminação dessa minoria sexual no caso concreto. Em seguida, passa-se para o estudo da doutrina das categorias suspeitas e sua relação com a noção de escrutínio estrito de proporcionalidade como meio de efetivação dos direitos de igualdade e não-discriminação de grupos vulneráveis, demonstrando a importância da aplicação desses institutos na ADI 5.543/DF. Por fim, analisa-se a menção ao escrutínio estrito feita pelo STF no julgamento da ADI 5.543/DF e o possível reconhecimento da noção de categorias suspeitas como forma de proteção aos direitos de igualdade e não-discriminação de homens homossexuais e bissexuais.

2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 5.543/DF: A INCONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO TEMPORAL DE INAPTIDÃO PARA DOAÇÃO SANGUÍNEA E A VIOLAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO DE HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS HOMENS

A questão da proporcionalidade da medida de inaptidão temporária de

homens que fazem sexo com outros homens (HSH)¹ e/ou suas parceiras para o ato de doação sanguínea entrou na pauta de debate do Supremo Tribunal Federal no ano de 2020, sendo julgado em sessão virtual ocorrida de 1º a 8 de maio de 2020.

A discussão foi instigada por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543/DF e possuía como objetivo a declaração da inconstitucionalidade do artigo 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde², e o artigo 25, inciso XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA,³ normativos esses que consideravam inaptos temporariamente para o ato de doar sangue, pelo período de 12 meses subsequentes à última prática sexual, pessoas do sexo masculino que tivessem praticado sexo com outros homens e/ou suas parceiras.⁴

No julgamento da ação, o tempo de inaptidão previsto nos normativos foi considerado inconstitucional por trazer uma desproporcional e injustificável vedação ao exercício da liberdade sexual de homens homossexuais e bissexuais para que sejam considerados aptos a doar sangue e por entender que os critérios expostos nos normativos dispensavam um tratamento desigual e discriminatório em relação aos HSH’s que pretendem exercer o ato de alteridade da doação.

O Ministro Relator Luiz Edson Fachin desde logo demonstrou entender que a imposição de um grupo de risco fundado na orientação sexual e a imposição de medidas restritivas aos integrantes desse mesmo grupo são injustificáveis. Salientou que os normativos em questão, ao expressamente optarem pelo critério fundado em um “grupo de risco” – ao invés de uma “conduta de risco” – foram discriminatórios, pois efetuaram uma interpretação consequencialista⁵ desmedida ao considerar que

¹ Sangy (2019, p. 31) afirma que a sigla “HSH” é empregada no campo da medicina para fazer menção a homens que fazem sexo com outros homens.

² “Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: [...] IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;”. (BRASIL, 2016)

³ “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: [...] d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;”. (BRASIL, 2014)

⁴ Segundo Cardinali (2017, p. 60) “A origem desta vedação se relaciona ao início da epidemia de AIDS, que atingiu em seus primeiros anos a população masculina homossexual de maneira muito mais pronunciada, a ponto de vir a ser conhecida como “peste gay” ou “câncer gay”.”

⁵ Uma interpretação consequencialista é aquela que, no momento da tomada de decisão, leva em consideração os possíveis efeitos que a decisão ocasionará. Assim, o argumento jurídico

homens homossexuais e bissexuais, unicamente em razão de sua orientação sexual, são potenciais transmissores de doenças, entre elas, a AIDS.⁶ (BRASIL, STF, 2020, p. 22)

A Ministra Rosa Weber, igualmente, considerando que os atos normativos dispensam tratamento discriminatório em razão de fixarem como critério de inaptidão, única e exclusivamente, a orientação sexual do doador, e não a eventual conduta de risco adotada, salientou que, com essa redação, os normativos acabam desconsiderando outros fatores, tais como o uso de preservativo ou o fato de o doador ter um parceiro fixo, aspectos que fariam diferença para definição de uma conduta de risco. (BRASIL, STF, 2020, p. 73)

A questão da redução do tempo da janela imunológica constitui outro importante fator para a averiguação da desproporcionalidade da medida, pois, conforme aludiu o Ministro Luís Roberto Barroso, historicamente, a proibição da doação de sangue por homossexuais, no ano de 1980, justificava-se em razão do desconhecimento que, naquela época, a medicina tinha a respeito da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – SIDA/AIDS e da dificuldade encontrada para realizar o monitoramento e fixação do período de janela imunológica, que é um período imediatamente posterior à exposição ao vírus, em que os exames laboratoriais da época não eram suficientemente capazes de detectá-lo no material sanguíneo coletado. (BRASIL, STF, 2020, p. 08)

Portanto, nos anos 80, quando tais restrições foram estabelecidas, o contexto era de preocupação com a contenção da epidemia de HIV que se disseminava com rapidez pelo mundo, atingindo com maior rigor os homossexuais masculinos. Diante da ausência de exatidão quanto ao período de janela imunológica e pouca segurança quanto à detecção do vírus por meio dos testes existentes, a vedação da doação de sangue por homossexuais demonstrava-se um meio de conter a disseminação, como fica evidente no trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

consequencialista é aquele que “fornece razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos desta decisão. Assim, pode-se empregá-lo para justificar uma decisão com base tanto nas conseqüências indesejáveis ou desejáveis que a sua “não realização” teria ou poderia ter, quanto nas conseqüências (Sic.) indesejáveis ou desejáveis que a sua efetivação teria ou poderia ter.”. (ARGUELHES, 2005, p. 05)

⁶ De acordo com Séguin (2002, p. 218), o Vírus da Imunodeficiência Humana (VIH), ou como mais popularmente conhecida HIV, “foi diagnosticada pela primeira vez na década de 80, como uma doença nova, mas mostrando um poderoso fator de discriminação, tanto assim que inicialmente foi denominada como câncer gay”.

E os grupos efetivamente afetados pela doença eram os homossexuais masculinos, eram os usuários de drogas e eram os hemofílicos. E, de certa forma, a doença ficou associada à homossexualidade masculina, de certa forma, reforçando um estereótipo e um estigma que já existia. Porém, como este era o grupo de risco, um grande número de países, de maneira preventiva, radical e compreensível, proibiu a doação de sangue por homossexuais masculinos como uma forma de se procurar estancar, na medida do possível, uma epidemia que se espalhava de maneira descontrolada. Mas é preciso ter em conta que isso foi há um quarto de século atrás. De lá para cá, já há uma compreensão muito maior da doença, e já há uma capacidade muito maior de se controlar o sangue a ser fornecido. De modo que o que talvez possa ter se justificado pelo princípio da precaução lá atrás, diante do avanço da compreensão da doença e da sofisticação dos exames laboratoriais hoje feitos, poderia já não mais se justificar. (BRASIL, STF, 2020, p. 66-67)

Como é possível extrair do trecho do referido voto, a realidade atual da medicina em relação à AIDS é diferente, havendo uma expressiva evolução nos testes de detecção da doença e uma clara definição do período de janela imunológica, pois, de acordo com dados fornecidos pelo Ministério da Saúde, atualmente, no Brasil, são utilizados testes de quarta geração que possibilitam que o período de janela imunológica seja de 10 até 12 dias (BRASIL, STF, 2020, p. 65-66). Ainda contemplou o Ministro Luiz Fux que os avanços na área da medicina possibilitaram a redução dessa janela imunológica, que antes era de 6 a 8 semanas, passando para aproximadamente 15 dias na atualidade. (BRASIL, STF, 2020, p. 82)

Diante disso, o Ministro Luís Roberto Barroso considerou os dispositivos adotados desproporcionais e excessivos, por restringirem demasiadamente os direitos fundamentais dos homossexuais masculinos, pois, considerando-se que o Ministério da Saúde e a ANVISA alegam que o problema está relacionado ao período da janela imunológica – pois esse é o único período em que há certo risco de contágio, já que em relação ao período posterior à janela imunológica os exames laboratoriais são capazes de detectar a presença do vírus e evitar o contágio por transfusão de sangue – a inaptidão por doze meses mostra-se desproporcional para se obter o resultado de uma doação de sangue segura, principalmente se levado em consideração que, atualmente, o período de janela imunológica é de 10 a 12 dias. (BRASIL, STF, 2020, p. 69)

Por consequência, a imposição desse desproporcional período de inaptidão restringe frontalmente os direitos de personalidade dos homossexuais masculinos, ao passo que impõe como condição de possibilidade ao exercício do ato de doação sanguínea a total supressão da sua liberdade sexual. Conforme assenta o Ministro

Luiz Edson Fachin,

[...] se está a exigir, para manifestação de um elemento da personalidade – o exercício da alteridade mediante o ato de doação de sangue –, o completo aniquilamento de outra faceta da própria personalidade – o exercício da liberdade sexual. Há, nesse quadrante, violação à dignidade inerente a cada sujeito (art. 1º, III, CRFB), que se vê impedido de exercer sua liberdade e autonomia (art. 5º, caput, CRFB) expressadas pelos direitos de personalidade que lhe constituem (sua orientação sexual) para ter um gesto gratuito de alteridade e solidariedade para com seu próximo. Tal moldura normativa também impõe, assim, um tratamento não igualitário injustificado e, portanto, inconstitucional (art. 5º caput, CRFB). (BRASIL, STF, 2020, p. 33)

Valendo-se da Teoria do Impacto Desproporcional⁷, desenvolvida pela doutrina e reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,⁸ o Ministro Luiz Edson Fachin firmou o entendimento de que a política restritiva constante nessas normas são consideradas violadoras do direito à igualdade – muito embora o faça de maneira não-intencional, já que essa restrição foi imposta a pretexto de proporcionar proteção, pois acabam “impondo impacto desproporcional sobre os homens

7 Buscando diferenciar a Teoria do Impacto Desproporcional e a noção de “categoria suspeita”, Sparemberger e Rosa (2020, p. 07) asseveram que “a proibição de discriminação direta é justificada pela igualdade formal, e a proibição de discriminação indireta (disparate impact) pela igualdade material, sendo aquela manifestada pela intencionalidade do tratamento desigual pelas categorias suspeitas, com o fim de anular ou prejudicar o reconhecimento, exercício e gozo de um direito, e essa pela ausência da intenção discriminatória, mas vislumbrada a partir de impactos prejudiciais que decorrem dos mesmos critérios proibitivos. As categorias suspeitas referem-se tanto à discriminação direta quanto à indireta, e relacionam-se a critérios que definem se uma pessoa faz parte de um grupo dominante”. Portanto, a Teoria do Impacto Desproporcional tem o condão de ser utilizada para repelir os atos geradores da discriminação indireta, modalidade de discriminação que é ocasionada pela utilização de critérios aparentemente neutros, mas que, quando aplicados ao caso concreto, é possível perceber que impactam desproporcionalmente um determinado grupo vulnerável ou minoria (HEEMANN, 2018, p. 67-68). Como exemplo do reconhecimento e aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pode-se mencionar o Caso “Artavia Murillo e outros (“fecundação in vitro”) vs. Costa Rica” (2012), em que a Corte IDH, no parágrafo 299 da sentença, decidiu que a proibição à fertilização in vitro, embora não seja destinada diretamente as mulheres, e, portanto, munida de neutralidade, mesmo assim, gera um impacto negativo desproporcional sobre as mulheres em razão de as tecnologias de reprodução assistida possuírem ligação direta com o corpo da mulher. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 93)

⁸ O Supremo Tribunal Federal mencionou, de maneira expressa, pela primeira vez na história da sua jurisprudência, a teoria do impacto desproporcional no ano de 2015, por ocasião do julgamento da ADPF n. 291/DF, que julgou parcialmente procedente a arguição para declarar a não recepção, pela Constituição Federal, das expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, constantes no artigo 235 do Código Penal Militar. A menção foi feita no voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso no intuito de defender a não recepção do crime de pederastia, assentando que: “Torna-se, assim, evidente que o dispositivo, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou heterossexuais, é, na prática, empregado de forma discriminatória, produzindo maior impacto sobre militares gays. Esta é, portanto, uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*), originária da jurisprudência norte-americana. Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade”. (BRASIL, STF, 2015, p. 39)

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, STF, 2020, p. 45)

Diante disso, o Ministro Luiz Edson Fachin declarou que as referidas normas violam tanto o direito à igualdade como o de não-discriminação dos homossexuais masculinos, ao passo que “estabelecem restrição quase proibitiva para a fruição de duas dimensões dos direitos de personalidade: o de exercer ato empático e solidário de doar sangue e o de vivenciar livremente sua sexualidade.” (BRASIL, STF, 2020, p. 52)

Em consonância com os demais votos, o Ministro Luiz Fux explicitou entender que a regra restritiva em questão deve ser declarada inconstitucional, uma vez que “estigmatiza determinado grupo, atribuindo-lhe a prática de um determinado comportamento de risco, sob presunção absoluta. A inconstitucionalidade da restrição decorre da equiparação feita entre fatores de risco a grupos de risco”. (BRASIL, STF, 2020, p. 76).

O Ministro Luiz Fux ainda salientou que o que se deve levar em consideração não é o grupo ao qual o candidato à doação pertence, mas sim averiguar a possível prática de comportamento de risco que ele eventualmente pratique, já que o contágio decorre da pluralidade de parceiros e da inutilização de preservativo, e não diretamente da orientação sexual do doador. Sendo assim, declarou que, embora existam dados epidemiológicos que apontam que há uma maior incidência de contágio pelo HIV entre os HSH's, isso, por si só, não “justificaria a discriminação do sangue de homossexuais/bissexuais saudáveis que usassem preservativos.” A medida, discriminatória, violaria o artigo 3º, inciso IV, e o artigo 5º, caput, da CRFB.” (BRASIL, STF, 2020, p. 80-81)

Desse modo, conforme assevera Carpinelli (2016, p. 50) sobre o caso, o princípio da igualdade, no Brasil, veda a discriminação de possíveis doadores quando essa é baseada no fato de serem os doadores homens que fazem sexo com outros homens: “tal discriminação, embora aparentemente sustentada por um critério estatístico demonstra-se falha dentro de uma lógica de razoabilidade ou racionalidade que o princípio da igualdade exige para a realização de discriminações de qualquer tipo”.

Com isso, por maioria dos votos,⁹ o Supremo Tribunal Federal reconheceu – nos termos do voto do Ministro Relator – que, embora de forma não-intencional, as políticas restritivas violam o direito à igualdade de homossexuais e bissexuais masculinos e/ou suas parceiras, na medida em que restringem desproporcionalmente o desfrute de sua liberdade sexual e a faculdade do ato solidário de doar sangue. Reconheceu-se, portanto, a inconstitucionalidade tanto do art. 64, inciso IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, quanto do art. 25, inciso XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. (BRASIL, STF, 2020, p. 3-4)

Conclui-se que a decisão na ADI n. 5.543 integra uma série de decisões¹⁰ proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas quais o direito à igualdade e à não-discriminação de minorias sexuais foi devidamente reconhecido e resguardado. Diante disso, surge o questionamento de se os integrantes desse grupo são, também, reconhecidos como integrantes de uma “categoria suspeita” de discriminação. Para que se possa proceder a essa análise, a estreita relação entre a doutrina das categorias suspeitas e a proteção ao direito de igualdade e não-discriminação será abordada no capítulo seguinte.

3. A DOCTRINA DAS CATEGORIAS SUSPEITAS: O ESCRUTÍNIO ESTRITO DE PROPORCIONALIDADE EM RELAÇÃO À CATEGORIAS DENOMINADAS “SUSPEITAS” COMO INSTRUMENTO DE BUSCA À IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO NO CASO DA ADI 5.543/DF

A doutrina das categorias suspeitas, bem como a utilização de um escrutínio mais estrito de averiguação da proporcionalidade de normativos que porventura venham a obstar a fruição dos direitos de certos grupos minoritários, como se verá a seguir, guarda uma estreita relação com a proteção dos direitos de igualdade e não-discriminação de parcelas estigmatizadas da sociedade.

É diante desse panorama – de dever de proteção aos grupos vulneráveis¹¹ –

⁹ Foram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, e ainda, vencido parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes. (BRASIL, STF, 2020, p. 165-166)

¹⁰ Como precedentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo minorias sexuais estão: ADI n. 4.277 e ADPF n. 132 n. 26 (uniões estáveis homoafetivas), ADO n. 26 (criminalização da homofobia e transfobia), ADI n. 4.275 (alteração do nome e sexo no registro civil), ADPF n. 527 (transferência de mulheres transexuais para presídios femininos) e a ADPF n. 467 (suspensão de lei que vedava o ensino sobre gênero e orientação sexual nas escolas de Ipatinga-MG).

¹¹ Nesse sentido, tendo como um dos elementos constitutivos da República Federativa do Brasil o caráter de Estado Democrático de Direito, o qual pressupõe a proteção dos interesses das minorias e grupos vulneráveis. Diante disso, “se a legitimidade democrática de determinado governo exige o

que o Poder Judiciário, através da atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal,¹² adquiriu protagonismo no julgamento da ADI n. 5.543/DF, ao analisar a constitucionalidade dos normativos infraconstitucionais que obstavam a doação de sangue por HSH's.

Muito embora o conceito de categoria suspeita tenha seu berço na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana,¹³ é possível afirmar que essa doutrina migrou para o entendimento tanto das cortes internas dos países quanto para os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos.¹⁴

Sobre as categorias suspeitas¹⁵ e o tratamento diferenciado conferido a casos relacionados às mesmas, Dworkin (2005, p. 586) assevera que os tribunais, desde

respeito às regras do jogo político e à dignidade de todos os cidadãos, também são necessários instrumentos de proteção contramajoritária, que resguardem, concomitantemente, os procedimentos formais de elaboração legislativa e as regras e princípios de cunho material, a fim de garantir uma efetiva independência ética das minorias, papel que, em território nacional, tem como importante protagonista a Suprema Corte, por meio do controle concentrado de constitucionalidade”. (SILVA, 2020, p. 127)

¹² Sobre essa atuação contramajoritária, vale lembrar que, segundo Novais (2006, p. 63), a “maioria política pode decidir a limitação de direitos fundamentais, mas essa intenção vai estar sujeita ao escrutínio da justiça constitucional, a quem cabe verificar se a pretendida cedência do direito se deve ao peso específico que apresenta, face ao direito fundamental, o interesse justificador da restrição (cuja prevalência deve, enquanto tal, ser fundamentável em razões de razoabilidade e de justiça compartilháveis por qualquer pessoa razoável e não apenas por aqueles que perfilhem uma dada concepção particular do bem ou da vida virtuosa, isto é, no caso, a concepção do bem dos titulares do poder) ou se o que está em causa é, no fundo, a tentativa de sacrifício da liberdade individual ao fim de imposição dessa particular mundividência a toda a sociedade.”.

¹³ Como exemplo de decisão na qual a noção de categoria suspeita foi aplicada, ressalta-se o entendimento fixado na decisão do Caso *Korematsu*, na qual a Suprema Corte Americana afirmou que “[...] all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny.” (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, *Korematsu vs. Estados Unidos*, 323 U.S 214, 1944, p. 216)

¹⁴ A título de exemplo do uso das categorias suspeitas por Tribunais nacionais, Saba (2016, n.p) menciona os casos *Repetto*, *Inés María c. Provincia Provincia de Buenos Aires* e *González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nacional de Córdoba*, ambos os casos foram decididos “por el máximo tribunal argentino a partir de los votos de los jueces Enrique Petracchi y Jorge Bacqué, la Corte no sólo adhirió a esta idea de categorías no razonables por no ser funcionales, sino que comenzó a identificar algunas categorías que, en principio, nunca parecerían ser razonables (o bien son irrazonables a priori). Ellas son similares a aquellas que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de los Estados Unidos han denominado “categorías sospechosas”. Lo que se deriva de esta identificación y calificación lleva a los magistrados a establecer una presunción de inconstitucionalidad de la regulación sólo superable si el Estado logra demostrar un interés estatal urgente o insoslayable.”. Já no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos é possível mencionar a decisão do Caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, decisão a qual reconheceu a orientação sexual como critérios suspeito de discriminação, integrando indiretamente o rol do artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 69)

¹⁵ De acordo com Silva (2016, p. 111-112) “No Brasil, o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, expressa como um dos objetivos da República Federativa do Brasil o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”. Há a presença, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, de abertura explícita para o reconhecimento de novos critérios proibidos, de acordo com cada contexto histórico.”

logo, ao se depararem com decisões políticas fundadas no debate quanto à cláusula de igual proteção, sujeitam tais decisões a uma classificação inicial, de modo que

Se a decisão impõe desvantagens graves ao que a Suprema Corte chama de classe “suspeita” – uma classe que, segundo certa definição famosa, “está dominada por tais incapacidades, ou sujeita a uma história de tratamento desigual proposital, ou relegada a uma posição de impotência política que exige proteção extraordinária do processo político majoritário” – então a decisão deve sujeitar-se a um “escrutínio estrito”. Isso significa que deve ser rejeitada porque transgride a cláusula da igual proteção, a não ser que seja possível provar que a desvantagem é essencial para proteger algum interesse de “irresistível” importância para o governo. (DWORKIN, 2005, p. 586)

Nesse sentido, Saba (2009, p. 699) preconiza que a Suprema Corte Argentina e a Suprema Corte dos Estados Unidos reconhecem uma categoria como suspeita quando essa classificação está associada ao objetivo de proteger grupos vulneráveis ou aqueles grupos sistematicamente discriminados.¹⁶ Nesse viés, uma categoria, quando utilizada com o escopo de dispensar um tratamento distinto entre as pessoas, será considerada suspeita quando o estado vale-se dela para justificar um trato que gere prejuízos desarrazoados a tais grupos, de modo que essa medida terá sua inconstitucionalidade presumida e será avaliada através de um juízo de escrutínio estrito. (SABA, 2009, 699)

Nessa linha, Guzmán (2019, p. 376) afirma que há determinadas categorias que “se han incluido en los instrumentos que consagran derechos fundamentales y que si son utilizadas para efectuar diferencias de trato, estas problemáticas *a priori* generan una alta sospecha y presunción de inconstitucionalidad o inconveniencia”.

Assim, quando se está diante de uma norma de constitucionalidade duvidosa e que envolva uma “categoria suspeita”, a análise fica a cargo de um escrutínio estrito, a fim de averiguar se, de fato, essa legislação relativa a uma categoria considerada suspeita viola a cláusula de igualdade, a partir dessa análise mais estrita, a legislação que detenha caráter de decreto de uma maioria com o escopo de prejudicar os interesses de minorias discretas e insulares, é desmascarada e considerada

¹⁶ Nesse sentido, Novais (2006, p. 64) afirma que em um “Estado de Direito, factores (sic.) suspeitos são todos aqueles em que historicamente têm assentado as mais sistematicamente repetidas e injustificadas violações aos direitos fundamentais, actuadas (sic.) com desconsideração e discriminação dos sectores (sic.) minoritários, marginais, mais débeis ou mais hostilizados pelos interesses e preconceitos das maiorias.”.

inconstitucional.¹⁷ (HELFAND, 2009, p. 15)¹⁸

Em face disso, Novais (2006, p. 64) ressalta que, diante de uma categoria suspeita, a força que emana dos direitos fundamentais como "trunfos" vincula que o órgão do qual emana a pretensão de criar uma restrição esteja preparado para afastar a presunção de inconstitucionalidade, ficando encarregado de comprovar que a afetação ao direito fundamental independe do fator de suspeição e que se fundamenta "numa outra razão ponderosa e atendível que mereça precedência relativamente ao interesse jusfundamental restringido".

Assim, com o reconhecimento de uma categoria como suspeita, quando um ato ou norma aparenta afrontar o seu direito à igualdade,¹⁹ criando uma situação discriminatória, a análise da proporcionalidade desse ato ou norma passará por um escrutínio estrito de proporcionalidade, o qual exige que o órgão do qual emanou a decisão ou ato demonstre

[...] que a classificação adotada pelo ato impugnado satisfaça três requisitos para ter sua legitimidade reconhecida pela Corte:165 (i) ela deve refletir um interesse imperioso (*compelling*); (ii) deve ser estabelecida sob medida (*narrowly tailored*) para atingir o interesse; (iii) e deve constituir o meio menos restritivo (*least restrictive means*) necessário para atingir tal finalidade. (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 77)

Dessa forma, é possível depreender que essa classificação suspeita e a aplicação em uma apreciação mais estrita na análise da proporcionalidade de atos normativos e de políticas públicas que envolvam essas categorias surgem no sentido de proteger grupos historicamente ou ainda discriminados, buscando atender de maneira mais atenta aos mandamentos da igualdade em sua dimensão de não-discriminação em relação a eles. Corroborando esse entendimento, Rios (2001, p. 392) salienta que "as proibições de diferenciação têm sua raiz na enunciação geral do princípio da igualdade, cujo aspecto formal se reforça mediante a enumeração destes

¹⁷ "Investigate whether legislation containing a suspect classification on its face does in fact violate the Equal Protection Clause. In doing so, it unmasks invidious legislation as enactments of the majority intended to harm a discrete and insular minority". (HELFAND, 2009, p. 15)

¹⁸ Em igual sentido, Moro (2003, p. 72) assevera que "qualquer distinção legislativa que opere em detrimento de minorias ou de grupos que tenham dificuldades para participar do processo político deve ser submetida a exame da espécie."

¹⁹ Tendo como efeito do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a supremacia da Constituição e a eficácia vinculante dos direitos fundamentais a todo o Direito, ressalta-se que a invalidação dos normativos que tragam disposições discriminatórias envolvendo uma "categoria suspeita" decorre do fato de que "os direitos fundamentais devem incidir, também, em todos os Poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), que recebem, dessa dimensão, orientação e impulso.". (LEAL, MAAS, 2020, p. 56)

critérios”.

No que tange ao direito à igualdade, há de se ressaltar que os seus mandamentos comportam não apenas o dever de trato igualitário (dimensão positiva), mas também estão vinculados ao dever de proibição de discriminação (dimensão negativa), o qual, tanto no direito internacional quanto no direito brasileiro, busca repelir diferenciações injustas, “em especial práticas e regimes de subordinação contra indivíduos e grupos histórica e socialmente injustiçados e vítimas de preconceito e discriminação”. (RIOS, 2020, p. 1334)

Conforme salienta Carpinelli (2016, p. 33), o art. 3º, inciso IV, e o art. 5º, caput, da Constituição Federal trazem o princípio da igualdade como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, de modo que ele se irradia para todo o ordenamento jurídico, atingindo, inclusive, as normas infralegais, como é o caso das portarias ministeriais, que deverão, necessariamente, observá-lo.

Nesse sentido, no que tange a essa vinculação, conforme assevera Leal (2003, p. 50), os princípios manifestam os fins que o Estado deve perseguir, “vinculando a todos os entes e valendo como um impositivo para o presente e como um projeto para o futuro que se renova cotidianamente, constituindo-se numa eterna construção”.

Desse modo, os mandamentos do princípio da igualdade devem guiar tanto o legislador quanto a administração pública no momento de elaboração da lei, conformando o que se denomina de “dever de igualdade quanto à criação do direito”. (CARPINELLI, 2016, p. 35)

Voltando-se mais para a questão da orientação sexual como categoria suspeita de discriminação, embora o ordenamento jurídico nacional não traga expressamente, no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal a orientação sexual como uma categoria suspeita de discriminação, há de se ressaltar que isso, por si só, não obsta o reconhecimento desse grupo como “categoria suspeita”, já que o Supremo Tribunal Federal considera que o rol constante no mencionado artigo possui natureza meramente enunciativa,²⁰ sendo passível a inclusão de novas categorias diante da previsão do termo “quaisquer outros tipos de discriminação”. (CARPINELLI,

²⁰ Conforme ressalta Silva (2016, p. 17), o Direito brasileiro adota um modelo misto para a estruturação de critérios proibidos de discriminação, o qual é composto por um rol enunciativo, passível de ser integrado por novos critérios, como igualmente é integrado por alguns critérios restritos dispostos em leis esparsas, como é o caso da lista restritiva de critérios proibidos de discriminação disposta na Lei n. 7.716/1989.

2016, p. 35)

Vale ressaltar que, originariamente, não havia, no histórico da Suprema Corte Norte-Americana, previsão expressa no sentido de considerar a orientação sexual como um fator de discriminação suspeito, sendo apenas a partir da construção jurisprudencial do Caso *Romers vs. Evans* a Corte passou a reconhecê-la como tal, fundamentando essa inclusão com base no fato de que a reprovação moral da sociedade é uma situação que possibilita a ocorrência de discriminações desarrazoadas, não podendo a orientação sexual ser um fator propulsor para que uma maioria discrimine uma minoria. (CARPINELLI, 2016, p. 36)

Nessa linha, é possível perceber que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem desenvolvendo esforços argumentativos no sentido de afirmar a orientação sexual como um critério suspeito de discriminação, com vistas a proteger esse grupo em face de situações discriminatórias que possam derivar de atos ou normas provenientes do legislador, conferindo-lhes uma análise de constitucionalidade por meio de um escrutínio estrito.

Uma vez estabelecidos estes pressupostos teóricos e conceituais, passa-se, na sequência, a analisar a utilização do critério de escrutínio estrito de proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5.543/DF, bem como a possibilidade de reconhecimento da orientação sexual como “categoria suspeita”.

4. O USO DE “ESCRUTÍNIO ESTRITO” NA ADI 5.543/DF E O RECONHECIMENTO DA NOÇÃO DE “CATEGORIA SUSPEITA” PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO FORMA DE PROTEÇÃO DO DIREITO DE IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

Diante o exposto sobre a especial proteção conferida pela noção de categorias suspeitas e da aplicação do escrutínio estrito de proporcionalidade na análise de medidas restritivas que atinjam a esfera dos direitos inerentes a essas categorias, exsurge o questionamento quanto ao reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, das minorias sexuais – no caso, mais especificamente, homens homossexuais e bissexuais – como categorias suspeitas de discriminação.

Esse aspecto restou evidenciado no julgamento da ADI 5.543/DF, principalmente em razão do reconhecimento, por parte dos Ministros, do histórico de discriminação que atinge essa minoria – e que ainda continua a acometê-la – e pelo fato de que, não raras vezes, a jurisdição constitucional brasileira é invocada a

proteger os direitos fundamentais dos integrantes desse grupo minoritário.²¹

Vale lembrar que, segundo Treacy (2011, p. 199), as categorias suspeitas são identificadas por uma nota em comum e que os integrantes dessa classificação se “refieren a un grupo vulnerable o desaventajado, en tanto encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”, carecendo, muitas vezes, da atuação contramajoritária exercida pelo Supremo Tribunal Federal para resguardar seus direitos.²²

Reforçando a presença de fatores suficientes ao reconhecimento da noção de categoria suspeita em relação ao caso da doação de sangue por homossexuais e bissexuais masculinos, bem como tendo-se em vista que a discriminação em razão da orientação sexual ocasiona a exclusão desmedida dessas minorias da possibilidade de doação de sangue, salientou o Ministro Edson Fachin que

[...] tais normas limitam sobremaneira a doação de sangue de um grupo específico de pessoas pelo simples fato de serem como são, de pertencerem a uma minoria, e não por atuarem de maneira arriscada. Há, assim, um tratamento desigual, desrespeitoso, verdadeiro desconhecimento ao invés de reconhecimento desse grupo de pessoas. (BRASIL, STF, 2020, p. 31)

Em igual senda, no voto, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou não ter dúvida de que os normativos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e do Ministério da Saúde ensejavam uma discriminação contra os homossexuais masculinos; porém, rememorou que há situações nas quais o tratamento discriminatório traz consigo uma fundamentação razoável e legítima. (BRASIL, STF, 2020, p. 67)

Assim, para ele, a ponderação, nesse caso, engloba o interesse público legítimo de proteção à saúde pública face à plausível objeção quanto à discriminação

²¹ Em relação ao histórico de discriminação, o Ministro Relator Luiz Edson Fachin assentou no próêmio de seu voto que “É impossível, assim, ignorar a violência física e simbólica a que diariamente se encontra submetida a população LGBT em nosso país. Como assentei ao adotar o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, muito sangue tem sido derramado em nome de preconceitos que não se sustentam.” (BRASIL, STF, 2020, p. 18). Já quanto a jurisdição constitucional ser constantemente chamada a proteger as minorias sexuais, importa ressaltar o apontamento do Ministro Gilmar Mendes que, trazendo um panorama de casos julgados pelo STF envolvendo a temática LGBT, afirma que “Cito todos esses precedentes, Presidente, para registrar um fato: parcela significativa de direitos fundamentais básicos da comunidade LGBT, como o casamento ou a utilização de nome compatível com a identidade de gênero, decorreram de decisão deste Supremo Tribunal Federal. Foi preciso que esta Corte intervisse para garantir direitos básicos que qualquer um de nós pode exercer sem óbices.” (BRASIL, STF, 2020, p. 144)

²² É possível mencionar, a título de exemplo, o caso do reconhecimento e equiparação das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277/DF e na ADPF n. 132/RJ.

imposta a determinado grupo; e que, diante disso, entende que, por vezes, pode o resguardo ao interesse público preponderar, ensejando a adoção de medidas que onerem ou limitem certos direitos fundamentais; afirma, contudo, que, quando tratar-se de um caso dessa natureza, “quando em nome do interesse público se impõe uma restrição a um direito fundamental, o que é preciso verificar é se essa restrição atende a um critério de proporcionalidade”. (BRASIL, STF, 2020, p. 68)

Em relação a essa análise de proporcionalidade, chama atenção a menção expressa feita à doutrina norte-americana do escrutínio estrito, ao afirmar que

O mandamento da proporcionalidade é o padrão mundial. Nos Estados Unidos, eles adotam uma especificidade nessas matérias de discriminação que se chama o “escrutínio estrito”, *strict scrutiny*, que é “você precisa demonstrar a imprescindibilidade daquela restrição para que ela possa ser aceita como válida, sobretudo quando a restrição produz um impacto discriminatório”. (BRASIL, STF, 2020, p. 68)

Posteriormente, o Ministro Luís Roberto Barroso ainda asseverou que, no caso, se está diante de dois interesses legítimos – direito fundamental *versus* interesse público – e que essa restrição de um direito fundamental em favor de um interesse público necessita “obedecer ao princípio da proporcionalidade, no caso específico, manifestando-se como vedação do excesso. Se houver algum mecanismo menos gravoso ao direito fundamental, ele deve preferir àquele que tenha sido adotado na eventual normativa”. (BRASIL, STF, 2020, p. 68)

No entanto, anota-se que a construção feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso não teve o condão de averiguar a possibilidade ou existência de um mecanismo menos gravoso para a realização do direito – análise imprescindível para a aferição da proporcionalidade da medida. Pode-se dizer que a menção feita à proporcionalidade foi mero argumento retórico por parte do Ministro, tendo em vista que as três máximas do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade) não foram analisadas de maneira pormenorizada para a declaração da inconstitucionalidade dos normativos que restringiam os direitos fundamentais dos homossexuais e bissexuais masculinos.

Conforme preconiza Leal (2007, p. 76), a dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige um constante dever de ponderação, visto que, no momento em que “algo é imposto numa dimensão positiva, no sentido de se proteger ou promover um direito, então nem toda e qualquer ação de proteger ou promover esse direito é

tida como devida, o que conduz, mais uma vez, a uma ponderação”. Nesse sentido, a inexecução da devida análise da proporcionalidade no caso da doação de sangue por HSH’s vai de encontro ao dever de constante ponderação inerente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois, quando se está diante de um dever de proteção, há um espaço aberto para que seja definida a melhor forma de ser cumprido o direito, desde que tal opção leve em conta a adequação entre os meios utilizados para se alcançar o fim pretendido.

Ainda se ressalta que, embora não houvesse um interesse público em contraposição ao direito à doação sanguínea, mesmo assim, tais restrições ainda extrapolariam a proporcionalidade, tendo em vista que a finalidade pretendida com as restrições (garantir a não contaminação por transfusão sanguínea) poderia ser alcançada por meios menos restritivos, tendo em vista, que após o período de janela imunológica, os testes laboratoriais são eficazes para a detecção do vírus, sendo, assim, injustificável e desproporcional a imposição de doze meses para garantir a segurança do sangue doado.

O Ministro Luiz Edson Fachin, adotou o posicionamento de reconhecer, embora de maneira implícita, que a análise da proporcionalidade das medidas restritivas ao ato de doação sanguínea por determinado grupo deveriam ocorrer de maneira mais estrita, afirmando “que a exclusão a priori de quaisquer grupos de pessoas da possibilidade de praticar tal ato – a doação de sangue – deve ser vista com atenção redobrada, devendo sempre ser dotada de ampla, racional e aprofundada justificativa (razões públicas enfim)”. (BRASIL, STF, 2020, p. 19)

De maneira mais evidente, o Ministro Alexandre de Moraes também reconheceu ser devida, no caso da ADI n. 5.543/DF, uma análise quanto à proporcionalidade dos atos impugnados:

A desigualdade nos atos normativos se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Dessa maneira, os tratamentos normativos diferenciados somente serão compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado. (BRASIL, STF, 2020, p. 123)

Assim, o Ministro Alexandre de Moraes, ao mencionar que deve estar presente “uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida” (BRASIL, STF, 2020, p. 123), teoriza sobre a proporcionalidade, porém, em sentido distinto do que anteriormente fez o ministro Luís Roberto Barroso, que demonstrou expressamente reconhecer a teoria do escrutínio estrito, o Ministro Alexandre de Moraes, assim como os demais Ministros, não menciona os elementos do escrutínio estrito, bem como não desenvolve os pressupostos que emanam dessa doutrina, que são: a imposição, ao órgão do qual emanou a medida restritiva contra uma categoria suspeita, de justificar e comprovar que a restrição foi adotada para atender a um interesse imperioso (*compelling*), que essa medida é proporcional para que se atinja o fim pretendido (*narrowly tailored*) e que o meio adotado é o de menor potencial lesivo possível para se atingir o resultado pretendido (*least restrictive means*). (CLÈVE e LORENZETTO, 2015, p. 114)

Diante dessas afirmações, aparentemente, os Ministros Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Luiz Edson Fachin integram a noção de categoria suspeita em relação aos HSH’s – por reconhecerem o estigma que carregam e a discriminação que os acomete – asseverando que, no caso em tela, fazia-se imprescindível uma análise de proporcionalidade. Porém não empregaram a teoria do escrutínio estrito em sua integralidade, analisando todos os requisitos acima mencionados, os quais deveriam ter sido observados, em razão de o caso envolver a possível discriminação de uma categoria tida como suspeita.

Quanto ao que se refere ao reconhecimento indireto da orientação sexual como categoria suspeita, cabe salientar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde a construção jurisprudencial produzida no Caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*” (2012), já considera nessa perspectiva, incluindo-a no rol do artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.²³

Com isso, vale ressaltar que o posicionamento do Ministro Luiz Edson Fachin, destacado no trecho a seguir, reconhece, expressamente, que no caso da doação de sangue homossexual aplica-se a especial proteção ao direito à igualdade e não-

²³ A construção da linha interpretativa da Corte Interamericana de Direitos Humanos que reconhece a “orientação sexual” como integrante das categorias suspeitas elencadas no artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos pode ser contemplada nos parágrafos 83 a 93 da sentença do Caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*” (2012). (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 29-30-31-32-33-34)

discriminação elencada no artigo 1.1 da Convenção Interamericana, que, acaba reconhecendo, embora indiretamente, a orientação sexual – e, conseqüentemente, os HSH's – como categoria suspeita, ao preconizar que:

A questão, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 1, Capítulo I, Parte I:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (BRASIL, STF, 2020, p. 52)

Esse reconhecimento surte, por sua vez, efeitos como: presunção de inconstitucionalidade das normas restritivas emanadas pelo Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – pois estariam impelindo restrições aos direitos fundamentais de uma categoria suspeita; sujeição da aferição de constitucionalidade dessas normas a um escrutínio estrito, capaz de verificar a proporcionalidade e legitimidade da restrição imposta para se chegar à finalidade pretendida e, ainda, uma inversão do ônus de comprovar que a medida não possui cunho discriminatório, ou seja, ficaria a cargo do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA comprovar que a restrição não teve, em sua origem, o ímpeto de discriminar e que a medida adotada era imperiosamente indispensável para se atingir o objetivo almejado.

Contudo, isso não se efetou na declaração da inconstitucionalidade dos normativos em questão pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que a declaração da inconstitucionalidade ocorreu sem haver qualquer posicionamento por parte da ANVISA e do Ministérios da Saúde no sentido de justificar a imposição dessas restrições e afastar o seu aparente cunho discriminatório, o que poderia ter se realizado por meio da comprovação de que as restrições atendiam a um imperioso interesse público, que a medida era proporcional para a obtenção do fim almejado e que este era o meio menos lesivo possível. Assim, o Supremo Tribunal Federal, por mais que tenha realizado menções à teoria do escrutínio estrito, não realizou uma análise pormenorizada de seus pressupostos.

Assim, por mais que se vislumbre uma especial atenção à situação de discriminação em relação aos homossexuais e bissexuais masculinos, pode-se

afirmar que houve um reconhecimento da noção de categoria suspeita – especialmente por parte do Ministro Luiz Edson Fachin, que referiu a especial proteção do direito à igualdade e não-discriminação elencada no artigo 1.1 da Convenção Interamericana ao caso – porém, não se aplicou a doutrina do escrutínio estrito, visto que elementos pontuais – como a inversão do ônus da prova para que o órgão do qual emanou a restrição comprove a adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, bem como demonstração de um imperioso interesse público – não foram explorados pelo Supremo Tribunal Federal na decisão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclusivamente, pode-se perceber a articulação de uma atuação protetiva às minorias sexuais através da atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, por meio do reconhecimento da inconstitucionalidade das normas ANVISA e do Ministérios da Saúde, retirando, assim, do ordenamento jurídico, atos e normas de cunho discriminatório que perpetuem a desigualdade que assola grupos historicamente desvantajados.

Muito embora seja possível vislumbrar que na maior parte da decisão sob comento discutiu-se sobre critérios técnicos – como a questão da janela imunológica, da triagem do sangue doado e da prática de condutas de risco – percebe-se, também, um olhar atento do mais alto tribunal brasileiro em relação ao resguardo ao direito de igualdade desse grupo minoritário, reconhecendo seu extenso histórico de discriminação como fator agravante para a ocorrência – seja pela atuação do poder público ou pela própria sociedade – de situações de exclusão, discriminação e desigualdade.

Nessa toada, o reconhecimento de minorias sexuais como categoria suspeita de discriminação aparece no sentido de acrescentar a esse grupo uma maior proteção e resguardo da igualdade, tanto material como formal.

A incorporação dessa teoria pela jurisdição constitucional brasileira ainda ocorre, contudo, de maneira tímida, havendo, porém, claros indícios de sua aplicação, seja pela remissão a sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja pelas menções feitas à doutrina da Suprema Corte Norte-Americana ou mesmo pelo histórico de decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de proteção das minorias sexuais.

Dessa forma, apesar da *ratio decidendi* ter em boa parte um cunho técnico, há uma larga fundamentação complementar envolvendo o histórico de discriminação dessa minoria e uma atenção especial à proteção aos seus direitos fundamentais – principalmente a liberdade sexual e a igualdade – bem como percebe-se que, através das breves menções feitas pelo Ministro Luís Roberto Barroso à teoria do escrutínio estrito, vislumbra-se um singelo reconhecimento a esse dever de análise estrita em relação a casos envolvendo discriminação de “categorias suspeitas”, porém não é possível afirmar que houve uma aplicação de um escrutínio mais rigoroso de análise da proporcionalidade dos normativos no caso da ADI 5.543/DF, já que isso compreenderia uma fundamentação da medida através do órgão do qual emanou a medida restritiva, demonstrando que sua adoção guarda relação com um imperioso interesse público e que é adequada, necessária e proporcional para se chegar à finalidade pretendida.

Contudo, isso demonstra que o mais alto tribunal brasileiro já considera a orientação sexual, e, conseqüentemente, os homossexuais e bissexuais masculinos, como uma categoria suspeita de discriminação, ainda que não utilize expressamente essa terminologia, porém, ainda não emprega, em sua integralidade, a noção de escrutínio estrito, pois deixa de inverter o ônus da prova ao órgão do qual emanou a medida restritiva e não impõe a esse o dever de comprovar a adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, nem mesmo exige que ela seja justificada através de um imperioso interesse público.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentação consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização. **Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, p. 01-20, 2005.

BRASIL. Anvisa: Agência Nacional De Vigilância Sanitária. **Resolução - RDC n. 34**, de 11 de Junho de 2014. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 158**, de 4 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html. Acesso em: 09 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de**

Inconstitucionalidade n. 5543/DF. Relator: Min. Edson Fachin, 08 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>. Acesso em: 09 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 291/DF.** Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 28 de outubro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4462545>. Acesso em: 10 maio 2021.

CARDINALI, Daniel Carvalho. Direitos LGBT e cortes constitucionais latino-americanas: Uma análise da jurisprudência da colômbia, peru, chile e Brasil. **Revista da Faculdade de Direito-UERJ.** Rio de Janeiro, n. 31, p. 25-68, jun. 2017.

CARPINELLI, André de Paula Turella. A doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens à luz do princípio da igualdade no direito brasileiro. **Iuris in mente: revista de direito fundamentais e políticas públicas,** Itumbiara, p. 32-52, 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIRETOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile.** Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose da Costa Rica, 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em: 07 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo e outros (“fecundação in vitro”) VS. Costa Rica.** Sentença de 28 de novembro de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em: 15 maio 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição Federal, controle jurisdicional e níveis de escrutínio. **Direitos Fundamentais & Justiça,** ano 9, n. 32, p. 97-123, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; Lorenzetto, Bruno Menezes. **Governo democrático e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana:** a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GUZMÁN, Silvia Serrano. El principio de igualdad y no discriminación: concepciones, tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,** Bogotá, p. 369-407, 2019.

HEEMANN, Thimotie Aragon. Igualdade, teoria do impacto desproporcional e Direitos Humanos: uma necessidade na defesa de grupos vulneráveis. **Revista**

Jurídica do Minsitério Público, n. 12, p. 63-87, 2018.

HELFAND, Michael A. The Usual Suspect Classifications: Criminals, Aliens and the Future of Same-Sex Marriage. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, v. 12, p. 01-56, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **“Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MORO, Sérgio Fernando. **Legislação Suspeita?**: afastamento da presunção de constitucionalidade da lei. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RIOS, Roger Raupp. Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1332-1357, 2020.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 2, n. 2, p. 383-408, 2001.

SABA, Roberto. **Más allá de la igualdad formal ante la ley**: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados? 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016. E-book Kindle.

SABA, Roberto. Igualdad, clases y clasificaciones. ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas? In: GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica del Derecho Constitucional**, tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 695-742.

SANGY, Tassila Patricia Salomon. (2019). Fatores sócio comportamentais de doadores de sangue associados a resultados sorológicos de HIV em quatro hemocentros brasileiros. 2019. 151 f. **Tese (Instituto de Medicina Tropical de São Paulo - Doutorado) - Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2019. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/99/99131/tde-06032020-085550/publico/Tassilacorigida.pdf. Acesso em: 12 fev. 2021.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Manuela Pereira Galvão da. Levando as minorias a sério: reforçando o papel

das instituições contramajoritárias em face do legalismo autocrático e do populismo. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 13, n.1, p. 121-147, jan./jul. 2020.

SILVA, Rodrigo da. **Discriminação múltipla como discriminação interseccional: as conquistas do feminismo negros e o direito da antidiscriminação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Korematsu vs. Estados Unidos**, 323 U.S 214, 1944. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; ROSA, Marina de Almeida. Together and equal? Da necessária fundamentação do direito à igualdade para além do caso Brown v. Board of Education. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 15, n. 3, p. 01-28, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33098>. Acesso em: 11 fev. 2021.

TREACY, Guillermo F. Categorías sospechosas y control de constitucionalidade. **Lecciones y Ensayos**, n. 89, p. 181-216, 2011.

Recebido em 25/08/2021
Aprovado em 29/04/2022
Received in 08/25/2021
Approved in 04/29/2022