

Acesso aos direitos fundamentais, bens comuns e unidade sistêmica do ordenamento  
*Gustavo Tepedino*

Questões atuais sobre o direito ao próprio corpo na legalidade constitucional  
*Thamís Dalseter Viveiros de Castro*

O alcance do direito à identidade pessoal no Direito Civil brasileiro  
*Carlos Nelson Kander*

Doação de sangue, orientação sexual e discriminação: uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF  
*Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, Vitor Almeida*

Os fatos jurídicos e a querela sobre as fontes das obrigações  
*Paulo Lôbo*

Breves notas sobre a boa-fé objetiva no CPC/2015  
*Luciana Pedrosa Xavier, Adraldo Agner Rosa Neto*

A violação positiva do contrato é figura efetivamente útil no Direito brasileiro?  
*Aline Miranda Valverde Terra*

Breves notas sobre a teoria do adimplemento substancial e sua aplicação no Brasil  
*Marcos Ehrhardt Jr., Gustavo Henrique G. Nobre*

A aplicação das convenções internacionais de Varsóvia e Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor: uma crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal em face do princípio da proibição do retrocesso  
*Fábio Tartuce, Bruno Casagrande e Silva*

Há limites ao princípio da reparação integral no Direito brasileiro?  
*Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho*

Notas sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil  
*Eduardo Nunes de Souza, Rodrigo da Guia Silva*

Há presunção de nexo de causalidade nas hipóteses de causalidade alternativa?  
*Catlin Mulholland*

Como a incorporação do trust no Direito brasileiro pode servir à proteção de pessoas vulneráveis?  
*Milena Donato Oliva*

Disposições patrimoniais e existenciais no pacto antenupcial  
*Ana Carla Harmatiuk Matos, Ana Carolina Brochado Teixeira*

Quais devem ser os parâmetros para o reconhecimento jurídico da multiparentalidade?  
*Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues*

Multiparentalidade acolhida pelo STF: análise da decisão proferida no RE 898060/SC  
*Ricardo Calderón*

Quais os desafios que se impõem ao Direito de Família frente às situações de coparentalidade?  
*Simone Tassinari*

Notas sobre o regime das invalidez e a (in)capacidade da pessoa com deficiência intelectual  
*Helena Helena Barbosa, Vitor de Azevedo Almeida Junior*

A curatela como a terceira margem do rio  
*Nelson Rosenwald*

Tomada de decisão apoiada: o instrumento jurídico de apoio à pessoa com deficiência inaugurado pela Lei nº 12.146/2015  
*Joycane Bezerra de Menezes*

Debates acerca da pessoa com deficiência desde a perspectiva civilista  
*Marilyn Pedrosa Xavier, Ligia Ziggliotti de Oliveira*

A arbitragem no Direito das Famílias: cláusula arbitral em pactos antenupciais e contratos de convivência  
*Paula Nalin, Hugo Sirena*

Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o Direito Sucessório?  
*Ana Luiza Maia Neves*

CONCURSO DE TRABALHOS ACADÊMICOS - II PRÊMIO CLOVIS BEVILÁQUA  
As cláusulas penais: uma visão da autonomia privada e da análise econômica do Direito  
*Samuel Ewald Davidson Zatta*

A qualificação do contrato de doação com encargo: proposta de delimitação de fronteiras entre modo e contraprestação à luz da metodologia civil-constitucional  
*Diana Paiva de Castro, Rodrigo Freitas*

Lineamentos da disciplina dos contratos de comercialização livre de energia elétrica  
*Maria Eugênia do Amaral Kretz*

Esboço de uma teoria geral do direito de retenção à luz da unidade sistêmica do ordenamento brasileiro  
*Rodrigo da Guia Silva*

Direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente conforme sua identidade de gênero  
*Jéssica Liphaires Martins Martins, Wagner da Silva Batista*

ANA CARLA HARMATIUK MATOS  
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA  
GUSTAVO TEPEIDINO

COORDENADORES

# DIREITO CIVIL, CONSTITUIÇÃO E UNIDADE DO SISTEMA

Anais do Congresso de Direito Civil Constitucional  
V Congresso do IBDCivil

ANA CARLA HARMATIUK MATOS  
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA  
GUSTAVO TEPEIDINO

DIREITO CIVIL, CONSTITUIÇÃO E UNIDADE DO SISTEMA

ISBN 978-85-450-0568-1



CÓDIGO: 10001483



Acesse nossa livreria virtual  
[www.editoraforum.com.br/livros](http://www.editoraforum.com.br/livros)



FÓRUM

IBDCivil  
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ANA CARLA HARMATIUK MATOS  
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA  
GUSTAVO TEPEDINO  
*Coordenadores*

DIREITO CIVIL, CONSTITUIÇÃO E  
UNIDADE DO SISTEMA  
Anais do Congresso de Direito Civil  
Constitucional – V Congresso do IBDCivil

Belo Horizonte

 **FÓRUM**

2019

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

## Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriane de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Ieda Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Veilton	Luciano Ferraz
Cláudio Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clóvis Bezerra	Márcio Cammarosano
Cristiane Fortini	Marcelo Echeverri Jr.
Dinora Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Douglas Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Otton de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabbardo	Paulo Modesto
Fabrizio Matta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rosini	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

## FÓRUM

Luis Cláudio Rodrigues Ferreira

Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 - 19º andar - Savassi - CEP 30130-012  
Belo Horizonte - Minas Gerais - Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
www.editoraforum.com.br - editoriaforum@editoraforum.com.br

Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

D597

Direito Civil. Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - V Congresso do Direito Civil. Ana Carla Harmatiuk Matos, Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Tepedino (Coord.). - Belo Horizonte: Fórum, 2019.  
492p., 17cm x 24cm.

ISBN: 978-85-450-0568-1

1. Direito Civil. 2. Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional. 3. Congresso do IBDCivil. I. Matos, Ana Carla Harmatiuk. II. Teixeira, Ana Carolina Brochado. III. Tepedino, Gustavo. III. Título.

CDD 342.1  
CDD 347

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito Civil. Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - V Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 492p.  
ISBN 978-85-450-0568-1.

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO AOS ANAIS DO V CONGRESSO DO IBDCIVIL: A renovação humanista do Direito Civil .....	15
---	----

## ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, BENS COMUNS E UNIDADE SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO

Gustavo Tepedino .....	17
1 Rumo à efetividade dos direitos fundamentais: a universalização do acesso .....	17
2 O oposto da propriedade: a "revolução dos bens comuns" e a nova racionalidade nas dimensões social, jurídica, econômica, cultural e política .....	19
3 O acesso aos bens independentemente (ou contra) do sistema de titularidades .....	20
4 Da comprovação da viabilidade da gestão comum dos bens ao paradigma do acesso pautado na prevalência das situações existenciais .....	21
5 A água .....	22
6 A saúde .....	24
7 Conflitos urbanos, a cidade democrática e o patrimônio cultural .....	25
8 O desenvolvimento e regime jurídico dos bens comuns .....	27
9 Controle das desafetações de bens públicos de uso comum e dos atos que ameaçam a tutela dos bens comuns. O meio ambiente e os ecossistemas .....	28
10 Mecanismos de transferência da titularidade com garantia de preservação da destinação .....	29
11 Instrumentos de atuação no Judiciário: novas funções para as ações coletivas .....	30
12 Notas conclusivas: perspectivas emancipatórias da pessoa humana na trama interdisciplinar entre direitos fundamentais, acesso e bens comuns .....	31

## QUESTÕES ATUAIS SOBRE O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Thamis Dalsenter Viveiros de Castro .....	33
1 Introdução .....	33
2 O corpo transformado .....	34
3 Corpo e liberdade de expressão .....	37
4 Expansão da tutela jurídica do corpo .....	40
5 Conclusão .....	45

## O ALCANCE DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Carlos Nelson Konder .....	47
1 Introdução .....	47
2 Origens do direito à identidade pessoal .....	47
3 Transformações do direito à identidade pessoal .....	51

4	Até onde vai o direito à identidade pessoal?	57
5	Conclusão	59
	Referências	59

#### DOAÇÃO DE SANGUE, ORIENTAÇÃO SEXUAL E DISCRIMINAÇÃO: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.543/DF

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, Vitor Almeida	63
1 Notas introdutórias: doação de sangue, orientação sexual e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543	63
1.1 O sistema de doação de sangue no Brasil	66
1.2 As restrições à doação de sangue para os homossexuais	68
2 A violação de princípios éticos e constitucionais no processo de doação de sangue no Brasil	70
Considerações finais	73
Referências	74

#### OS FATOS JURÍDICOS E A QUERELA SOBRE AS FONTES DAS OBRIGAÇÕES

Paulo Lôbo	77
1 Fatos jurídicos obrigacionais	77
2 A classificação romana das fontes das obrigações	80
3 A perspectiva do Código Civil brasileiro	81
4 A razão dos fatos jurídicos como fontes das obrigações	83

#### BREVES NOTAS SOBRE A BOA-FÉ OBJETIVA NO CPC/2015

Luciana Pedrosa Xavier, Adroaldo Agner Rosa Neto	85
1 Introdução	85
2 Uma aproximação entre a boa-fé objetiva e o Código de Processo Civil	85
3 A boa-fé processual objetiva no Superior Tribunal de Justiça	90
4 Panorama da boa-fé objetiva no Direito Material: possíveis contribuições para o processo	93
5 Conclusões	95
Referências	95

#### A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO É FIGURA EFETIVAMENTE ÚTIL NO DIREITO BRASILEIRO?

Aline Miranda Valverde Terra	97
1 A violação positiva do contrato na Alemanha	97
2 Os supostos suportes fáticos da violação positiva do contrato no Brasil	99
2.1 Descumprimento de deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva não diretamente vinculados à prestação	100
2.2 Cumprimento imperfeito: mau cumprimento de deveres de prestação geradores de danos distintos daqueles causados pela mora e pelo inadimplemento absoluto	103
2.3 Inadimplemento anterior ao termo	104

3 Cotejo dos efeitos atribuídos à violação positiva do contrato com aqueles decorrentes da mora e do inadimplemento absoluto	108
4 Conclusão	111

#### BREVES NOTAS SOBRE A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

Marcos Ehrhardt Jr., Gustavo Henrique G. Nobre	113
1 Introdução	113
2 Existem balizas para a aplicação do instituto?	114
3 Baliza quantitativa indicária	115
4 Baliza qualitativa principiológica: a boa-fé objetiva	117
5 Balizas qualitativas liquidantes	118
5.1 Interesse creditório	118
5.2 Causa	119
6 Considerações finais	122
Referências	123

#### A APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE VARSÓVIA E MONTREAL EM DETRIMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA CRÍTICA À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Flávio Tartuce, Bruno Casagrande e Silva	125
1 Introdução	125
2 O direito do consumidor como expressão de direitos humanos	126
3 O princípio da vedação do retrocesso e o tratamento constitucional brasileiro	130
4 O princípio da vedação do retrocesso e a Convenção Americana de Direitos Humanos	134
5 A proibição do retrocesso e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil	136
6 Conclusão sobre a recente posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal	140
Referências	142

#### HÁ LIMITES AO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL NO DIREITO BRASILEIRO?

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho	145
1 A reparação integral no Brasil: avanços tridimensionais, fundamento constitucional e natureza principiológica	145
2 Projeções do princípio da reparação integral: todo dano deve ser reparado ou todo o dano deve ser reparado?	149
2.1 Limites legais e convencionais ao princípio da reparação integral no <i>an debeatur</i>	149
2.2 Limites legais e convencionais ao princípio da reparação integral no <i>quantum debeatur</i>	153
2.3 A reparação integral como limite	156
3 Entre os limites à reparação integral e a reparação integral como limite: o caso do mestrado não credenciado	159

4	Notas finais .....	163
	Referências .....	164

#### NOTAS SOBRE A AUTONOMIA FUNCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

<b>Eduardo Nunes de Souza, Rodrigo da Guia Silva</b> .....	167
1 Introdução: o oxímoro da responsabilidade civil brasileira .....	167
2 O perfil funcional indenizatório da responsabilidade civil em confronto com a função retributiva da vedação ao enriquecimento sem causa .....	176
3 Crítica à atribuição genérica de uma função punitiva à responsabilidade civil .....	179
4 Dificuldades de qualificação decorrentes da confusão funcional: o exemplo das hipóteses de "devolução em dobro" .....	182
Referências .....	187

#### HÁ PRESUNÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE NAS HIPÓTESES DE CAUSALIDADE ALTERNATIVA?

<b>Caitlin Mulholland</b> .....	191
1 Coautoria e distribuição de responsabilidade: causalidade complementar (concausa) e causalidade cumulativa (causas concorrentes) .....	191
2 Causalidade alternativa: conceito e aplicações .....	193
3 Fundamentos da causalidade alternativa .....	201
4 Requisitos para a responsabilização do grupo pela conduta danosa de seu membro .....	202
5 Alguns casos brasileiros .....	204
6 Conclusão .....	207
Referências .....	208

#### COMO A INCORPORAÇÃO DO TRUST NO DIREITO BRASILEIRO PODE SERVIR À PROTEÇÃO DE PESSOAS VULNERÁVEIS?

<b>Milena Donato Oliva</b> .....	209
1 Introdução .....	209
2 O trust como importante instrumento protetivo ao lado da tutela .....	211
3 O trust e as diretivas antecipadas .....	215
4 O trust e as cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade .....	217
Conclusão .....	221

#### DISPOSIÇÕES PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS NO PACTO ANTENUPCIAL

<b>Ana Carla Harmatiuk Matos, Ana Carolina Brochado Teixeira</b> .....	223
1 Introdução .....	223
2 Da família instituição à democrática: o casamento como instrumento de realização existencial .....	223
3 Estrutura e função do pacto antenupcial .....	227
4 Questões controvertidas sobre efeitos do pacto .....	230

4.1 Eficácia do pacto antenupcial ajustado e não seguido da celebração do matrimônio, mas estabelecida união estável .....	230
4.2 Decisões conferindo eficácia à vontade manifestada pelas partes somente na certidão sem pacto antenupcial registrado .....	232
4.3 Cláusulas que preveem modificações no regime após certo lapso temporal .....	233
5 Questões controvertidas sobre aspectos patrimoniais no pacto .....	234
5.1 Eleição da separação total de bens em casamentos de pessoas maiores de setenta anos .....	234
5.2 Pacto com cláusula contrária à lei .....	236
5.3 Retroatividade das disposições patrimoniais restritivas .....	238
5.4 Cláusulas sucessórias no pacto antenupcial .....	239
6 Inclusão de disposições não patrimoniais no pacto antenupcial: possibilidade e limites .....	240
7 Conclusão .....	244

#### QUAIS DEVEM SER OS PARÂMETROS PARA O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA MULTIPARENTALIDADE?

<b>Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues</b> .....	247
1 Introdução .....	247
2 O rompimento do paradigma da biparentalidade .....	247
3 Fontes de parentesco .....	249
4 Multiparentalidade como nova possibilidade jurídica parental e seus efeitos .....	252
5 O RE 898.060/SC: efeitos da multiparentalidade e situações jurídicas por ele alcançadas .....	254
6 Sistematizações conclusivas .....	262
Referências .....	263

#### MULTIPARENTALIDADE ACOLHIDA PELO STF: ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO RE 898060/SC

<b>Ricardo Calderón</b> .....	265
1 O caso concreto subjacente .....	267
2 A decisão do STF para o referido caso concreto .....	269
3 A tese aprovada em Repercussão Geral .....	270
4 Principais premissas constantes do acórdão do STF .....	270
4.1 Direito à busca da felicidade .....	270
4.2 O reconhecimento jurídico da afetividade .....	272
4.3 Vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica .....	273
4.4 Possibilidade jurídica da multiparentalidade .....	274
4.5 Princípio da parentalidade responsável .....	275
5 Efeitos a partir da tese fixada .....	277
6 Avanço e cautela .....	278

## QUAIS OS DESAFIOS QUE SE IMPÕEM AO DIREITO DE FAMÍLIA FRENTE ÀS SITUAÇÕES DE COPARENTALIDADE?

<b>Simone Tassinari</b> .....	281
1 Introdução e apresentação das noções fundamentais .....	281
2 Da vinculação jurídica tradicional entre conjugalidade e parentalidade .....	285
3 Reflexões sobre coparentalidade e seus efeitos .....	289
4 Conclusões e desafios para o futuro.....	293
Referências.....	294

## NOTAS SOBRE O REGIME DAS INVALIDADES E A (IN)CAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

<b>Heloisa Helena Barboza, Vitor de Azevedo Almeida Junior</b> .....	297
1 Introdução .....	297
2 (In)Validade dos atos e negócios jurídicos .....	298
3 Proteção dos atos praticados por pessoa com deficiência intelectual .....	300
4 Nulidade e (in)capacidade: o entendimento dos tribunais.....	303
5 Considerações finais .....	309
Referências.....	309

## A CURATELA COMO A TERCEIRA MARGEM DO RIO

<b>Nelson Rosenvald</b> .....	311
1 Introdução .....	311
2 A primeira margem do rio.....	312
3 A segunda margem do rio .....	313
4 A terceira margem do rio .....	316
4.1 A deficiência como fato jurídico .....	316
4.2 O balanceamento entre o cuidado e a autonomia .....	318
5 Conclusão .....	323
Referências.....	324

## TOMADA DE DECISÃO APOIADA: O INSTRUMENTO JURÍDICO DE APOIO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA INAUGURADO PELA LEI Nº 12.146/2015

<b>Joyceane Bezerra de Menezes</b> .....	327
1 Introdução .....	327
2 Em que consiste a tomada de decisão apoiada? .....	328
3 Autocratela, mandado e diretiva antecipada de vontade: figuras próximas ou longínquas? .....	330
4 A exigência da homologação judicial do apoio em procedimento de jurisdição voluntária .....	333
4.1 Aspectos processuais essenciais.....	335
4.1.1 Da legitimidade ativa.....	335
4.1.2 Dos apoiadores .....	336
4.1.3 Do objeto do apoio.....	337

4.1.4 Efeitos perante terceiros .....	338
4.1.5 Do encerramento .....	339
4.1.6 Da coexistência com a curatela.....	339
5 Seria viável a TDA por escritura pública? .....	339
Conclusões .....	342
Referências.....	342

## DEBATES ACERCA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA DESDE A PERSPECTIVA CIVILISTA

<b>Marília Pedrosa Xavier, Lígia Ziggliotti de Oliveira</b> .....	345
1 Considerações introdutórias.....	345
2 Os paradoxos entre a proteção e a autonomia dos grupos vulnerados .....	346
3 Entre a reabilitação e a inclusão das pessoas com deficiência.....	347
4 As dissonâncias contextuais entre Direito Civil e pessoas com deficiência .....	348
5 As dissonâncias entre as fontes jurídicas aplicáveis à temática .....	350
6 As inquietações teóricas e práticas do Direito Civil geradas a partir da problemática .....	350
Considerações finais .....	353
Referências.....	356

## A ARBITRAGEM NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: CLÁUSULA ARBITRAL EM PACTOS ANTENUPCIAIS E CONTRATOS DE CONVIVÊNCIA

<b>Paulo Nalin, Hugo Sirena</b> .....	359
1 Introdução .....	359
2 A arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos.....	360
3 O Direito das Famílias e o compromisso arbitral.....	364
4 Notas conclusivas.....	367
Referências.....	368

## EM QUE MEDIDA O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 TROUXE MAIOR EFETIVIDADE PARA O DIREITO SUCESSÓRIO?

<b>Ana Luiza Maia Nevares</b> .....	371
1 De que efetividade precisamos para o Direito Sucessório? .....	371
2 Inovações do Código de Processo Civil no processo de inventário na direção da efetividade do Direito Sucessório .....	373
2.1 Igualdade entre as entidades familiares. Equiparação do cônjuge e do companheiro no processo de inventário .....	373
2.2 A simplificação do inventário .....	373
2.3 Critérios para a partilha dos bens e a tutela de evidência no âmbito do inventário .....	376
2.4 A cumulação de inventários .....	385
3 Notas conclusivas.....	388
Referências.....	388

# CONCURSO DE TRABALHOS ACADÊMICOS - II PRÊMIO CLOVIS BEVILÁQUA

## AS CLÁUSULAS PENALIS: UMA VISÃO DA AUTONOMIA PRIVADA E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

<b>Samuel Ewald Davidson Zatta .....</b>	<b>391</b>
1 Introdução .....	391
2 Sobre a autonomia privada .....	391
3 Da cláusula penal .....	397
4 Da análise econômica do Direito .....	399
5 Da compatibilidade entre a cláusula penal e o inadimplemento eficiente/efficient breach theory .....	402
Considerações finais .....	407
Referências .....	408

## A QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO DE DOAÇÃO COM ENCARGO: PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO DE FRONTEIRAS ENTRE MODO E CONTRAPRESTAÇÃO À LUZ DA METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL

<b>Diana Paiva de Castro, Rodrigo Freitas .....</b>	<b>411</b>
1 Introdução .....	411
2 A causa concreta como elemento nuclear do procedimento de qualificação .....	412
3 A causa do contrato de doação. <i>Animus donandi</i> , requisito formal, bilateralidade e unilateralidade: a doação como ausência de sinalagmaticidade .....	416
4 O papel do encargo na doação modal à luz da diferenciação entre as situações jurídicas subjetivas de ônus e obrigação .....	421
5 Delimitação de fronteiras entre modo e contraprestação: os três graus de essencialidade concreta do encargo e seus efeitos na qualificação contratual .....	424
6 Síntese conclusiva .....	428
Referências .....	428

## LINEAMENTOS DA DISCIPLINA DOS CONTRATOS DE COMERCIALIZAÇÃO LIVRE DE ENERGIA ELÉTRICA

<b>Maria Eugênia do Amaral Kroeitz .....</b>	<b>433</b>
1 Premissas .....	433
2 Introdução .....	434
3 O pressuposto teórico da pesquisa .....	435
4 O setor de energia elétrica brasileiro .....	436
5 O segmento de comercialização de energia elétrica .....	437
6 O contrato bilateral de compra e venda de energia .....	440
7 A questão do lastro .....	441
8 Considerações finais .....	444
Referências .....	444

## ESBOÇO DE UMA TEORIA GERAL DO DIREITO DE RETENÇÃO À LUZ DA UNIDADE SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

<b>Rodrigo da Guia Silva .....</b>	<b>447</b>
1 Introdução: o esforço de sistematização do direito de retenção na perspectiva de unificação da disciplina das relações patrimoniais .....	447
2 As sequelas do tratamento assistemático do direito de retenção na experiência brasileira .....	449
3 Notas sobre a disciplina geral do direito de retenção .....	452
4 Análise crítica da suposta taxatividade do direito de retenção em breve cotejo com a exceção de contrato não cumprido .....	459
5 Síntese conclusiva .....	463
Referências .....	464

## DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE CONFORME SUA IDENTIDADE DE GÊNERO

<b>Jéssica Linhares Martino Martins, Vagner da Silva Batista .....</b>	<b>467</b>
1 Introdução .....	467
2 Direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente conforme sua identidade de gênero .....	468
2.1 Direito de participação .....	471
2.1.1 Impossibilidade de heteronomia no exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente conforme sua identidade de gênero .....	472
3 Diferenciando conceitos: identidade de gênero x orientação sexual .....	473
4 Desfantasiando direito: o livre desenvolvimento da criança e do adolescente transgêneros enquanto materialidade .....	474
4.1 Reafirmando pressuposto: "A pessoa transgênera não nasce com 18 anos" .....	474
4.2 "Para mim não é um problema ir vestida de mulher ao colégio" .....	476
4.2.1 Problema jurídico .....	477
4.2.2 Reconhecimento institucional da identidade de gênero no âmbito escolar .....	478
4.3 Nome social .....	480
4.4 Uso de hormônios .....	482
5 Considerações finais .....	484
Referências .....	485

## SOBRE OS AUTORES .....

489



## DOAÇÃO DE SANGUE, ORIENTAÇÃO SEXUAL E DISCRIMINAÇÃO: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.543/DF

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira  
Vitor Almeida

*"Orientação sexual não contamina ninguém, condutas riscosas sim".<sup>1</sup>*

Luiz Edson Fachin

### 1 Notas introdutórias: doação de sangue, orientação sexual e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543

A doação de sangue é um ato de relevante interesse social, que envolve não só um programa de política pública em torno do sistema de coleta, processamento e transfusão do sangue, como um ato livre e gratuito de disposição do corpo, calcado na autonomia privada e no princípio da solidariedade social (art. 199, §4º, da Constituição Federal).<sup>2</sup>

Em 2016, o tema chegou à apreciação do Supremo Tribunal Federal por intermédio da ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB em face do art. 64, inciso IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e art. 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução RDC nº 34/2014 da Diretoria ANVISA.<sup>3</sup> Essas normas regulamentam os procedimentos hemoterápicos e

<sup>1</sup> Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/10/ADI-5543-1.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2018.

<sup>2</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...] §4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

<sup>3</sup> O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro chegou a enfrentar o tema em ação de responsabilidade civil por dano moral em razão da restrição à doação de sangue sofrida por homossexual, conforme seguinte ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE TER HAVIDO ATO DE DISCRIMINAÇÃO, POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, POR NÃO TER SIDO PERMITIDO QUE O AUTOR DOASSE SANGUE PELO FATO DE SER ELE HOMOSSEXUAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. A Administração Pública, dentro do seu poder discricionário, pode fixar termos, condições e modos, traçando critérios administrativos para limitar o conteúdo de seu ato, estabelecendo normas à doação de sangue. Ato que não se apresenta discriminatório ao não permitir que pessoas que se não se enquadrem nos requisitos estabelecidos na Resolução – RDC nº 343/2002 da ANVISA do Ministério da Saúde, venham a ser impedidas de doar sangue; posto que apenas impede a todos aqueles que praticaram algum comportamento



proibem a doação de sangue por homens que tenham tido relações sexuais com outros homens (HSH) (e/ou as parceiras sexuais destes) nos últimos 12 meses.<sup>4</sup>

De acordo com o autor da referida ADIn, a restrição existente à doação de sangue em relação aos homens que têm relação com outros homens é inconstitucional por violar os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); o direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput, CF); o objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminação (art. 3º, IV, CF); e o princípio da proporcionalidade, considerando discriminatório o critério baseado em grupo de risco, na orientação sexual, pois acaba por restringir o exercício da cidadania. Na verdade, o que deve ser considerado para restrição à doação de sangue é o comportamento de risco, a prática de relações sexuais desprotegidas e não a inclusão em "grupos de riscos", o que pode atingir tanto os heterossexuais quanto os homossexuais.

O Ministério da Saúde, por sua vez, ao prestar informações a respeito das normas impugnadas, sustenta, em síntese, que a restrição tem amparo no direito à saúde, que é um direito social (arts. 6º e 196, ambos da CF), e que é dever do Estado adotar medidas de vigilância epidemiológica e sanitária por meio de seu poder regulamentar que assegurem a proteção do receptor do sangue doado (arts. 9º, I, e 16, XVI, da Lei nº 8.080/1990), havendo outras situações consideradas de risco para inaptidão temporária de doar sangue (art. 64 da Portaria nº 158/GM/MS, art. 25, XXX, RDC nº 34/2014 da ANVISA). A hipótese de inaptidão temporária prevista nas normas tem amparo nas melhores literaturas, dados epistemológicos, normativos e experiências nacionais e internacionais<sup>5</sup> acerca do tema, o que demonstra a razoabilidade e proporcionalidade da medida e não restringe a liberdade para dispor da própria sexualidade, consertando o princípio da autonomia privada, calcado no direito à intimidade e vida privada. Além de observar o princípio bioético da beneficência e não maleficência, que preserva a saúde do paciente.

No mesmo sentido se posicionou a ANVISA, que defende que a restrição tem por base informações disponíveis e legislações de outros países, e que observa os princípios da precaução e proteção à saúde.<sup>6</sup>

de risco. Realização de prova negativa. Alegação de que, a enfermeira que lhe atendeu praticou ato abusivo, posto não ter sido, suposta atitude, presenciada por ninguém. Testemunha que tão somente, tomou conhecimento dos fatos pela reprodução feita pelo autor. Sentença que se mantém" (Ap. Civ. 2005.001.10788, 1ª Cam. Civ. Rel. Des. Maria Augusta Vaz, julg. 09 ago. 2003).

<sup>4</sup> Até a data de acesso foram proferidos os votos do Ministro Edson Fachin julgando procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, do Ministro Alexandre de Moraes, divergindo do Relator e julgando parcialmente procedente a ação, para dar interpretação conforme a Constituição, e após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, acompanhando o Relator, o julgamento foi suscitado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 5543. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495> Acesso em: 29 maio 2018.

<sup>5</sup> Informações disponíveis em: <http://www.msa.gov.br/prensa/index.php?option=com\_content&view=article&id=2846:ministerio-de-saude-pone-fim-a-la-discriminacao-por-orientacao-sexual-para-donar-sangue&catid=6&destacado=slide2846>; <http://www.lanacion.com.ar/1828320-donaciones-sangre-homossexuales>; <http://www.cha.org.ar/historico-hoy-la-camara-de-diputados-de-la-nacion-aprobo-la-modificacion-de-la-ley-de-sangre>; <http://www.sentidog.com/lat/2015/09/argentina-permite-a-gays-lesbianas-y-trans-donar-el-sangre>; <http://www.publico.pt/2015/08/19/sociedade/noticia/homossexuais-va-poder-donar-sangre-1705466>.

<sup>6</sup> Nesse sentido: CARVALHO, Soraya Marciano Silva de. O princípio da igualdade, a proteção da saúde pública e a restrição à doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens: legitimidade a atividade regulatória ou discriminação? In: Publicações da Escola da AGU - Pós-Graduação em Direito Público - UnB, v. 2, n. 10, p. 249-278, 2011.

O caso teve sua repercussão geral reconhecida pelo Ministro Edson Fachin<sup>7</sup> (art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999), relator da ADI nº 5.543, com a participação de diversas organizações e institutos como *amicus curiae*<sup>8</sup> e ganhou notoriedade em vários meios de comunicação.<sup>9</sup> Isso demonstra sua importância para a sociedade e a necessidade de repensar a maneira como o sistema de doação de sangue tem sido conduzido no Brasil, não só por colocar em xeque os direitos fundamentais dos homens homossexuais, como pela escassez de sangue nos bancos de sangue.<sup>10</sup>

A questão é de grande complexidade e multifacetada, com a participação de diversos atores, como doadores, receptores, hemocentros, hospitais e médicos envolvidos no processo de doação de sangue. E tangencia várias áreas do saber, como a Medicina, as Ciências Sociais e o Direito.

De um lado, está a forma como se estrutura o processo de coleta e doação de sangue no Brasil, os regulamentos que versam sobre procedimentos hemoterápicos, de relevância individual e coletiva, e que visam garantir a segurança transfusional, a prevenção de transmissão de doenças infecciosas como a aids, hepatite B e C, doença de Chagas, Sífilis, etc. (receptor do sangue); e de outro, a proteção das minorias, em que se enquadram os homens homossexuais, que por meio de regulamentos têm sido proibidos, temporariamente, de doar sangue.

A restrição à doação de sangue fundada em categorias de pessoas acaba por aprofundar o estigma, o preconceito e a discriminação, que implicam a falta de um exame crítico, na marca infamante associada à indignidade, à segregação e exclusão, além de refletir em toda a população com a diminuição de sangue nos bancos de sangue. Por isso, urge uma revisão do sistema de doação de sangue no Brasil e a verificação da concretização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

<sup>7</sup> "[...] Tendo em vista a relevância da matéria debatida nos presentes autos e sua importância para a ordem social e segurança jurídica, adoto o rito postulado no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, a fim de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a análise definitiva da questão. Anoto, desde logo e por oportuno, que aqui se está diante de regulamentação que toca direta ao núcleo mais íntimo do que se pode considerar a dignidade da pessoa humana, fundamento maior de nossa República e do Estado Constitucional que ela vivifica [...]". Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/revista/visualizador.php/isp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsp?objetoincidente=4996495>. Acesso em: 25 dez. 2017.

<sup>8</sup> Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT; Grupo Dignidade pela cidadania de gays, lésbicas e transgêneros; Associação Brasileira de Famílias Homossexuais - ABRAFH; Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP; Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília - CADir/UnB; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOB; Defensoria Pública do Estado da Bahia - DPBA; Defensoria Pública da União - DPU; Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADVS; Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR; Núcleo de Prática Jurídica da UFPR; Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495> Acesso em: 29 maio 2018.

<sup>9</sup> Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/stf-pode-derrubar-restricao-doacao-de-sangue-feita-por-homossexual.html>; <http://www1.folha.uol.com.br/colidiano/2017/11/1934834-restricao-a-gay-doador-de-sangue-nao-tem-consenso-entre-medicos.shtml>. Acesso em: 02 jan. 2018.

<sup>10</sup> Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812\_sangue\_doacoes\_brasil\_lgb>. Acesso em: 29 maio 2018.

## 1.1 O sistema de doação de sangue no Brasil

A coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, nos termos do art. 199, §4º, da Constituição Federal<sup>11</sup> serão regulados por lei, que, hoje, se dá pela Lei nº 10.205/2001, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados, que compõe o SUS.<sup>12</sup> Essa lei é regulamentada pelo Decreto nº 3.990/2001, além de outros atos normativos expedidos pelo Ministério da Saúde e órgãos de vigilância sanitária, como a ANVISA (art. 26 da Lei nº 10.205/2001).<sup>13</sup>

Atualmente, a Lei nº 7.649/1988, regulamentada pelo Decreto nº 95.721/1998, prevê a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue, bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, a fim de prevenir a propagação de doenças.

Desde meados do século passado, a Lei nº 1.075/1950 já estimulava a doação de sangue conferindo dia de folga e reconhecimento ao ato, o que tem sido implementado com novos benefícios aos doadores por meio de leis estaduais e municipais<sup>14</sup> (art. 15, VI, Decreto nº 95.721/1998).<sup>15</sup> A doação é um ato voluntário, anônimo e altruista, sendo

<sup>11</sup> A respeito do tema ver: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1944.

<sup>12</sup> Lei nº 8.080/1990: "Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 196 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: I – no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; [...] Art. 16 A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete: [...] XVI – normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados". Lei nº 10.205/2001: "Art. 5º O Ministério da Saúde, por intermédio do órgão definido no regulamento, elaborará as Normas Técnicas e demais atos regulamentares que disciplinarão as atividades hemoterápicas conforme disposições desta Lei".

<sup>13</sup> V. Lei nº 9.782/1999: "Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública: [...] Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária, pela Agência [...] VII – imunobiológicos e suas substâncias ativas, sangue e hemoderivados".

<sup>14</sup> A Lei nº 3269/99 do Estado do Rio de Janeiro dispõe sobre a criação da licença para doação de sangue no serviço público estadual, conferindo um dia de licença. A Lei fluminense nº 3588/01 institui a semana de doação de sangue para calouros das universidades estaduais. Cf. CHAGAS, Rosana Navega. *Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida*.

Disponível em: [http://www.tijj.jus.br/document\\_library/get\\_file?uid=bfd145a0a-a489-425a-92dc-9f0cac24465a](http://www.tijj.jus.br/document_library/get_file?uid=bfd145a0a-a489-425a-92dc-9f0cac24465a). Acesso em: 2 jan. 2018.

Cf. FREITAS, J. W. A doação voluntária de doadores como pena restritiva de direitos. In: *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, v. 21, p. 45-74, 2011.

<sup>15</sup> Lei que confere meia-entrada para doadores de sangue é constitucional. Os doadores regulares de sangue no Estado do Espírito Santo têm direito a meia-entrada em todos os locais públicos de cultura, esporte e lazer mantidos pelas entidades e órgãos da administração direta e indireta. A Lei estadual nº 7.735/04, que institui o benefício, foi julgada constitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). Por maioria, os ministros concluíram pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3512 proposta pelo governador do Estado contra a norma editada pela Assembleia Legislativa. No julgamento ficou vencido o ministro Marco Aurélio. Em seu voto, o ministro-relator, Eros Grau, disse que a lei atacadida é apenas uma tentativa de incentivar as pessoas a doar sangue e considerou constitucionais todos os seus dispositivos. Ele afastou o argumento apresentado pelo governador de que a concessão de meia-entrada seria uma remuneração ao doador de sangue, o que é proibido pela Constituição. Em sentido contrário: "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO E DA CORRESPONDENTE MULTA. LEI MUNICIPAL DE SANTA CRUZ DO SUL QUE GARANTE O LIVRE ACESSO AOS DOADORES DE SANGUE A CASAS DE DIVERSÃO, COMO CINEMAS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA PROPRIEDADE PRIVADA. – Conflita com a Constituição Federal, lei municipal que assegura aos doadores de sangue o acesso gratuito a casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais, circenses, cinemas e similares. – "Procede a arguição de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Municipal nº 5.442/2008 do Município de Santa Cruz do Sul, pois a limitação instituída pela legislação à livre iniciativa e à propriedade privada aligera-se desproporcionalmente". Incidente de Inconstitucionalidade nº 7006931957, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussi Moreira, Julgado em 16.05.2016. RECURSO DE

vedada a remuneração do doador, pois esta é proibida pela Constituição Federal (art. 199, §4º, art. 14, III, Lei nº 10.205/2011, art. 2º, III, Decreto nº 3.990/2001,<sup>16</sup> art. 30, Portaria 158/2016, MS e art. 20, Resolução RDC 34/2014, ANVISA).

A Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, que regula os procedimentos hemoterápicos técnicos, e a Resolução RDC nº 34/2014 da Diretoria ANVISA, que dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue, determinam que o serviço de hemoterapia realize a avaliação dos parâmetros para seleção de doadores visando a proteção do doador e receptor, a disponibilidade com segurança e qualidade dos produtos biológicos originados do sangue para uso terapêutico (art. 6º, Lei nº 9.782/1999). Esses regulamentos utilizam no processo de coleta de sangue dois métodos de controle para evitar contaminação, chamado de *double check*, que consiste na triagem clínica-epidemiológica dos candidatos realizada por profissionais de saúde e laboratorial das amostras coletadas, havendo responsabilidade objetiva pelos serviços de hemoterapia por danos eventualmente causados.<sup>17</sup>

Primeiro, ocorrem procedimentos seletivos de triagem por meio de entrevistas, anamnese dos candidatos a doação, os quais devem ser amplamente esclarecidos acerca do procedimento, dos riscos (art. 2º, VI, Decreto nº 3.990/2001),<sup>18</sup> e que se responsabilizam pela veracidade das informações prestadas (art. 2º da Lei nº 7.649/1998). Aos doadores é garantido o sigilo de suas informações (arts. 31, 32, 33, da Portaria nº 158/2016, MS, art. 23 da Resolução nº 34/2014, ANVISA).

Os candidatos que apresentarem alguma situação de risco elencada nos próprios regulamentos (arts. 55, 64 da Portaria nº 158/2016 do MS, e alíneas do art. 25, XXX, da RDC 34/2014, ANVISA) são afastados da doação por inaptidão, a fim de garantir maior

APELAÇÃO PROVIDO (Apelação Cível nº 7006620982, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzani, Julgado em 10 nov. 2016).

<sup>15</sup> Art. 2º A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes: [...] III – proibição de remuneração ao doador pela doação de sangue".

<sup>16</sup> A responsabilidade civil envolvendo doação e transfusão de sangue é objetiva, aplicando-se o disposto no art. 14 do CDC nas relações privadas e no art. 3º, §6º, da CF, quando o serviço for público e pode ocorrer: (i) utilização de sangue inadequado ou contaminado; (ii) distribuição de sangue, seus componentes ou derivados em condições impróprias; (iii) omissão de testes sorológicos no sangue coletado para detecção de anticorpos do vírus da AIDS; (iv) seleção de doadores sem prévia inscrição identificadora ou realização de triagem clínica e hematológica; (v) aceitação de doador sem condições clínicas ou hematológicas. Cf. por todos, DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biotério*. 5. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 236; MURIEL, Christine Santini. Aspectos jurídicos das transfusões de sangue. In: *Revista dos Tribunais*, v. 706, p. 30-35, ago. 1994. AZEVEDO, Alvaro Villaga. Transmissão de aids por transfusão de sangue. Inexistência de nexo de causalidade. Ausência de responsabilidade civil. In: *Revista dos Tribunais*, v. 721, p. 62-78, nov. 1995. A respeito do tema: "RESPONSABILIDADE CIVIL – HOSPITAL – CONTAMINAÇÃO PELO VÍRUS HIV, DECORRENTE DE TRANSFUSÃO DE SANGUE – NÃO COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES INERENTES AO DEVER DE CUIDADO (...) Mesmo nos dias atuais, com todos os avanços da medicina, não se chegou a sua cura, embora exista um maior controle da evolução da doença, possibilitando ao indivíduo uma vida melhor. A repercussão do evento danoso – contaminação pelo vírus HIV – na vida do demandante é contínua, permanente e, igualmente, limitadora, impedindo-o de ter uma vida absolutamente normal, circunstância vivenciada pelo autor e seus familiares desde o seu nascimento. O arbitramento exorbitante da indenização por danos morais – 2.000 salários mínimos – comporta redução. Recurso Especial parcialmente provido. STJ, REsp. 655.761/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 3 fev. 2015.

<sup>18</sup> Art. 2º A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes: [...] VI – proteção da saúde do doador e do receptor mediante informação ao candidato a doador sobre os procedimentos a serem adotados e que serão submetidos, os cuidados necessários e as possíveis reações adversas decorrentes da doação, bem como qualquer anomalia importante identificada quando dos testes laboratoriais, garantindo o sigilo dos resultados".

proteção dos receptores (art. 2º, VI, Decreto nº 3.990/2001).<sup>19</sup> Caso haja a coleta do sangue, e que atendidos os requisitos de seleção, haverá, antes de ocorrer a disponibilização do material para transfusão, o exame do sangue coletado feito por laboratórios e que tem alta sensibilidade para detecção de infecções transmissíveis pelo sangue (arts. 3º e 4º da Lei nº 7.649/1998, arts. 118 a 142 da Portaria 158/2016 do MS, art. 70 a 107, RDC 34/2014, ANVISA).

O problema que se coloca para afastar algumas pessoas da doação de sangue, dentre elas os homens homossexuais, é o período em que o organismo está infectado, mas não produz ainda anticorpos suficientes para serem detectados nos testes de triagem sorológica, o que é denominado de “janela imunológica”.

Os progressos científicos têm possibilitado maior conhecimento de vírus transmissíveis e, consequentemente, o desenvolvimento de técnicas preventivas e meios de tratamento mais eficazes, reduzindo índices de contágios e produzindo meios de detecção do vírus. Atualmente, já há exames mais eficazes para identificar as doenças sexualmente transmissíveis – DSTs, que acarretam a diminuição da “janela imunológica”, que já foi de 90 dias e hoje está em torno de 15 dias, que é o caso do teste de ácido nucleico (NAT).<sup>20</sup>

Ganha relevo, portanto, o estudo da *ratio* da norma, que estabeleceu, dentre várias situações, a proibição temporária dos homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais de doar sangue (art. 64, inciso, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e art. 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução RDC nº 34/2014 da Diretoria ANVISA), embora em suas disposições gerais proíba qualquer tipo de preconceito, discriminação por orientação sexual, identidade de gênero quando da realização da triagem clínica dos candidatos a doação (art. 2º, § 3º, da Portaria nº 158/2016, MS).

## 1.2 As restrições à doação de sangue para os homossexuais

O tratamento desigual dos homens homossexuais advém de um contexto histórico-cultural ligado à descoberta da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA (aids) e o surgimento dos chamados “grupos de riscos”.

No início da década de 80, os primeiros casos clínicos de aids foram identificados em homossexuais masculinos e com o passar do tempo em outros grupos populacionais, como: (i) hemofílicos; (ii) pessoas heterossexuais de naturalidade haitiana; (iii) usuários de heroína; (iv) profissionais do sexo – o que originou a referência à doença dos H (H disease). A consequência foi, diante da falta de conhecimento científico e tecnologia para detectar a presença do vírus e evitar infecção por transfusões sanguíneas: (i) excluir

<sup>19</sup> “Art. 2º. [...] VII – obrigatoriedade de responsabilidade, supervisão e assistência médica na triagem de doadores, para avaliação do estado de saúde do doador, na coleta de sangue e durante o ato transfusional, assim como nos atos pré e pós-transfusional imediatos”.

<sup>20</sup> “O teste de amplificação de ácidos nucleicos (NAT) é uma tecnologia desenvolvida para a detecção do RNA e DNA de agentes infecciosos virais, tais como o vírus da imunodeficiência humana tipo 1 (HIV-1) e da hepatite C (HCV), em doadores de sangue destinado à transfusão”. O teste de amplificação de ácidos nucleicos (NAT) e as demais estratégias para detecção dos vírus HIV-1 e HCV na triagem de sangue doado. In: *Boletim Brasileiro de Análise de Tecnologias em Saúde*, ano II, n. 3, nov. 2007. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Perfil\\_setor/Brats/2007\\_mes11\\_brats\\_03.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Brats/2007_mes11_brats_03.pdf)>. Acesso em: 31 maio 2018.

populações consideradas grupos de risco de doar sangue (HSH – homens que fazem sexo com outros homens, usuários de drogas intravenosas); (ii) restringir o período de inaptidão, ora em 5 anos, ora em 12 meses.

Todavia, houve uma mudança significativa no quadro populacional de infecções pelo vírus HIV, com o aumento progressivo dos casos de transmissão entre heterossexuais (em razão do não uso de contraceptivos), de mulheres infectadas e mulheres heterossexuais jovens.<sup>21</sup> O avanço científico permitiu um maior conhecimento do vírus e, por consequência, a descoberta de novos exames sanguíneos para detectar o vírus, o que acarretou a diminuição da denominada “janela imunológica”.

O enquadramento de uma situação de risco na qual o doador pode se inserir não deve dizer respeito à sua orientação sexual, mas sim ao seu comportamento quando se relaciona sexualmente com outras pessoas sem a devida proteção.

A preocupação das autoridades sanitárias deve ser em averiguar a integridade sanguínea e não a mera presunção preconceituosa de que um homossexual ou bissexual tem maior probabilidade de ter aids simplesmente em virtude de sua identidade sexual.

As normas sanitárias ao estabelecerem essa exclusão se fundamentam, além dos fatores históricos, em dados estatísticos que enquadram os homens homossexuais no grupo de risco, e com fundamento nos princípios da precaução, da beneficência, da não maleficência, afastá-los acabaria por assegurar maior proteção aos receptores de sangue. Contudo, tal restrição baseia-se em forte estigma e discriminação em relação à orientação sexual, e não em critérios científicos razoáveis, o que de todo deve ser evitado por violar princípios de ordem constitucional.

Segundo as autoridades sanitárias, os índices estatísticos epidemiológicos coletivos apontam para maior percentagem de homens que fazem sexo com outros homens (HSH) infectados pelo HIV, o que autorizaria a inaptidão temporária para doação de sangue. Todavia, esses índices não podem fundamentar um tratamento diferenciado. Isto porque, além de existirem falsos estudos e tecnologias de avaliação, a simples transposição de dados matemáticos e epidemiológicos para o plano subjetivo do doador, individualmente considerado, gera presunções que nem sempre correspondem à realidade, até porque as taxas de contágio podem ser explicadas por fatores comportamentais individuais, sob o risco de rotular a pessoa humana em mera estatística.

O mais adequado, portanto, seria não generalizar os potenciais doadores com base em sua identidade sexual ou de gênero, afastando-se da concepção de *grupo de riscos para comportamentos de risco*, haja vista que o que causa contaminação é a falta de uso de preservativos, seja por homossexuais, bissexuais ou heterossexuais. É a prática sexual individual desprotegida que determina a possibilidade de contrair o vírus e não sua orientação sexual, ligada à identidade pessoal do indivíduo, emanando direta de sua dignidade humana. Tal direito, de natureza personalíssima, promove a inclusão social e permite o respeito à diferença. Considerar o contrário é asseverar a estigmatização, o preconceito e o desrespeito à liberdade individual e à vida privada.

Os dados estatísticos não podem servir como critério exclusivo de regulação de direitos fundamentais, mas somente como fator de direcionamento de recursos públicos

<sup>21</sup> Cf. Disponível em: <[http://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/RighttoHealthReport\\_Full%20web.pdf](http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/RighttoHealthReport_Full%20web.pdf)>. Acesso em: 28 maio 2018.

na implementação e consecução de políticas públicas. Não é proporcional restringir o exercício de direitos humanos fundamentais com base em dados matemáticos. Nos termos do voto do relator Ministro Luiz Edson Fachin,<sup>22</sup> “não pode o Direito incorrer em uma interpretação utilitarista, recaído em um cálculo de custo e benefício que diferencia o Direito para as esferas da Política e da Economia”. Desse modo, sentença que “não cabe, pois, valer-se da violação de direitos fundamentais de grupos minoritários para maximizar os interesses de uma maioria, valendo-se, para tanto, de preconceito e discriminação”.

O Direito não deve se curvar às normalidades estatísticas afetivo-comportamentais, que excluem os homossexuais dos direitos universais, relegando-os a um regime particular e excludente. Fundamental a defesa das demandas por igual respeito e consideração, calçada nos direitos humanos fundamentais.

## 2 A violação de princípios éticos e constitucionais no processo de doação de sangue no Brasil

O processo de doação de sangue é uma matéria interdisciplinar, que envolve cuidados da saúde dos doadores e receptores, sendo regido por princípios bioéticos e jurídicos.

Os princípios são instrumentos utilizados pela Bioética, que, segundo Fermin Roland Schramm<sup>23</sup> visa enfrentar os problemas morais relativos à emergência do paradigma biotecnocientífico. O objetivo, de acordo com Tom L. Beauchamp e James Childress,<sup>24</sup> que consagram a Bioética principialista por meio de quatro princípios bioéticos (autonomia, beneficência, não maleficência e justiça),<sup>25</sup> é estabelecer uma teoria capaz de orientar a prática médica e biomédica por meio de diretrizes que orientarão as decisões morais tomadas diante de conflitos éticos concretos, o que vem sendo adotado no Brasil por meio de leis, regulamentos e resoluções deontológicas.

Além dos quatro princípios clássicos da Bioética, outros princípios incorporam seus valores, como o princípio da responsabilidade ética; o princípio da solidariedade; o princípio da prevenção; o princípio da precaução e o princípio da proteção.<sup>26</sup> Dentre

eles, os dois princípios invocados pelas autoridades sanitárias para fundamentar as restrições à doação de sangue por homens que têm relação sexual com outros homens são o da precaução e da beneficência, haja vista que evitar a doação por esse “grupo de risco” protege os receptores de sangue, evitando que haja risco de contaminação com a aids, acarretando a restrição mais de benefícios que de malefícios.

Do ponto de vista da principiológica bioética, o princípio da precaução<sup>27</sup> visa a impedir comportamentos e intervenções de práticas biomédicas que, devido ao estado atual da arte, não oferecem certeza, mas mera probabilidade de dano que, por ser sério e irreversível, deve ser obstado. Todavia, a aplicação do princípio da precaução não implica necessariamente proibir certas atividades ou condutas, mas criar medidas acatolatórias que evitem a probabilidade de ocorrência de danos. Portanto, em se tratando de doação de sangue por homens homossexuais, meros dados estatísticos não são suficientes para afastá-los do processo de doação, podendo observar a precaução com a triagem clínica e testes laboratoriais do sangue coletado, o que impedirá a diminuição do estoque de sangue nos bancos, atendendo legítimo interesse da população.

No que diz respeito ao princípio da beneficência, impõe a obrigação de garantir e propiciar o bem-estar não só dos doadores como dos receptores de sangue, com vistas ao melhor interesse desses participantes, o que se dá pela maximização dos benefícios e diminuição dos danos ou prejuízos. Ao sopesar os riscos e benefícios pelos princípios da beneficência e não maleficência, deve prevalecer a necessidade populacional em obter sangue, até porque a exclusão dos homossexuais cria uma ilusão de precaução, devendo aplicar outros princípios bioéticos, como o da justiça, que estabelece o dever ético de tratar as pessoas igualmente, e o da proteção das minorias.

Apesar da importância dos princípios bioéticos na regulação das atividades sanitárias e destes não impedirem a doação de sangue por homens homossexuais, estes não afastam a aplicação dos princípios constitucionais necessários para conferir efetividade aos direitos fundamentais dos candidatos à doação de sangue.

Ao Direito cabe estabelecer os valores que a sociedade considera merecedores de tutela e que estão consagrados na Constituição da República. A proteção de alguns valores fundamentais, tais como a vida, a dignidade humana, a igualdade, a liberdade e a solidariedade, também são pedras angulares da Bioética, o que demonstra sua interface com o Direito. Todavia, os princípios bioéticos observam outras ordens de valores, outros métodos e formulações diversas do Direito, tendo como principal diferenciador a força coercitiva e sancionadora.<sup>28</sup> Por isso, é importante destacar os

<sup>22</sup> Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/10/ADI-5543-1.pdf>. Acesso em: 31 maio 2018.

<sup>23</sup> SCHRAMM, Fermin Roland. Paradigma biotecnocientífico e paradigma bioético. In: ODA, Leila M. (Org.). *Biosafety of transgenic organisms in human health products*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1996, p. 6.

<sup>24</sup> Cf. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios da ética biomédica*. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p. 579; BEAUCHAMP, Tom L. Pharmaceutical research involving the homeless. *Journal of Medicine and Philosophy*, New York: Oxford University Press, v. 27, n. 5, p. 547-564, 2002.

<sup>25</sup> O nascimento da Bioética principialista está atrelado à necessidade de criação de normas éticas para evitar as atrocidades cometidas no período nazista em pesquisas envolvendo seres humanos, tendo no Relatório de Belmont um de seus principais instrumentos. Esse Relatório foi publicado em 1979, fruto dos estudos realizados pela Comissão Nacional para Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental 1974-1978, e teve como principais idealizadores Tom L. Beauchamp, professor de filosofia e investigador do Kennedy Institute of Ethics, na Universidade de Georgetown, e James Childress, professor do departamento de estudos religiosos da Universidade de Virginia, consagrando o surgimento da bioética principialista.

<sup>26</sup> Soraya Marciano Silva de Carvalho, procuradora federal e coordenadora de assuntos judiciais da Procuradoria Federal junto à Anvisa, defende com base no princípio da precaução que as normas restritivas à doação de sangue não são discriminatórias, nem violam o princípio da isonomia, e conclui: “O princípio da proteção da saúde pública, que tem reflexos diretos na saúde individual de cada indivíduo, requer a adoção de medidas eficazes por parte do Estado para evitar a transmissão da AIDS pelos serviços de hemoterapia e a consequente responsabilização

estatal pela omissão”. O princípio da igualdade, a proteção da saúde pública e a restrição à doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens: legitimidade da atuação regulatória ou discriminação? In: *Publicações da Escola de AGU - Pós-Graduação em Direito Público* - UnB, v. 2, n. 10, p. 249-278, 2011.

<sup>27</sup> O princípio da precaução está ancorado em uma base ético-normativa e, segundo Jucemara da Silva Moraes, é aplicável juntamente com os princípios bioéticos de autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. Sua finalidade é impedir que ocorram danos moralmente inaceitáveis ao meio ambiente e à saúde dos seres humanos, principalmente, quando não houver certeza científica quanto a sua causa e efeitos. MORAIS, Jucemara da Silva. O princípio da precaução como um princípio bioético em face dos avanços biotecnológicos. In: *Revista jurídica*, São Sebastião do Paraíso: Libertas Faculdades Integradas, a. 1, n. 1, 2011. Disponível em: <http://www.libertas.edu.br/revista/juridica/mostrarevista.php?idnum=17>. Acesso em: 15 out. 2016.

<sup>28</sup> De acordo com Norberto Bobbio, existem várias teorias que estabelecem critérios para diferenciar a norma jurídica da norma moral (bilateralidade e unilateralidade, finalidade, destinatário, natureza da obrigação etc.), mas que não são suficientes. O autor adota o critério da violação, vale dizer, da sanção aplicada quando inobservadas

princípios constitucionais que devem nortear o processo de seleção dos candidatos de doação de sangue: o princípio da dignidade da pessoa humana; o princípio da igualdade; o princípio da autonomia; o princípio da solidariedade social; o princípio da precaução; o princípio da prevenção; o princípio da inalienabilidade do corpo humano.<sup>29</sup> Esses princípios são as normas-chave do processo de doação de sangue e devem orientar não só os que elaboram as normas reguladoras, mas todos os agentes envolvidos no processo de triagem e coleta de sangue.

A doação de sangue consiste em um ato altruísta, calcado na autonomia privada existencial, que confere à pessoa o direito de dispor de seu corpo em benefício de outrem. Mesmo que o ato possa afetar sua integridade física, não causa danos à saúde, observadas as orientações médicas, e tem amparo no disposto no art. 13 do Código Civil.<sup>30</sup> A diminuição pela retirada do sangue não é permanente, pois ele se renova e não afeta as potencialidades físicas e psíquicas do doador.

A doação de sangue deriva do imperativo de solidariedade de forma a permitir que o corpo somente seja objeto de trocas fraternas.<sup>31</sup> O ato observa o princípio constitucional da solidariedade social,<sup>32</sup> o agir em prol do próximo imbuído de compaixão, sem qualquer benefício econômico, sendo, portanto, uma conduta altruísta. O princípio da solidariedade<sup>33</sup> (art. 3º, III, e art. 199, §4º, ambos da CF) legítima, portanto, a doação de sangue, que permite o benefício de toda a coletividade.

A liberdade de doar sangue, no entanto, sofre restrição externa por parte do poder público, pois as normas sanitárias impedem, mesmo que de forma temporária, os homens que têm relações sexuais com outros homens de fazê-lo. Isso interfere no exercício dos direitos da personalidade, tanto no direito de livre disposição do próprio corpo quanto na liberdade de orientação sexual, o que viola sua identidade pessoal e

as normas. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 160-162.

<sup>29</sup> "A vedação à mercantilização implica que a pessoa seja considerada como um fim em si, de maneira que o exercício da autonomia corporal não pode cosificar os sujeitos de modo a aniquilar a sua dignidade. Assim, o dever de não mercantilizar, decorrente da aplicação dos bons costumes como limite à aplicação da autonomia corporal, assume especial relevo diante de algumas impactantes hipóteses que surgiram, principalmente, com o avanço da biotecnologia". VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 224.

<sup>30</sup> Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

<sup>31</sup> VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 225.

<sup>32</sup> CERVASIO, Daniel Bucar; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e Solidariedade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 97-112.

<sup>33</sup> Segundo Stefano Rodotà, a solidariedade é um princípio que pode eliminar o ódio entre países ricos e pobres. Solidariedade, na verdade, serve para identificar as bases de uma ordem jurídica que, na sua ausência, todas as nossas dificuldades são exacerbadas no campo legal e social. A solidariedade é, portanto, uma prática que incide sobre os direitos sociais. Pensar na solidariedade como princípio significa reconhecer a historicidade. A solidariedade já existia antes do *status social* e existirá sempre. Por isso, sustenta que é o padrão de referência para a reconstrução do tecido institucional sociopolítico. A solidariedade deve ser reconsiderada além do *status social*. Para isso, é essencial estabelecer um novo espaço constitucional europeu, inspirado neste princípio. O princípio de solidariedade está ligado ao princípio da dignidade, pelo que o sacrifício do primeiro se converte imediatamente em violação do segundo. RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*. 3. ed. Editore Laterza. Collana: I Robinson. Letture, 2014. *passim*.

impacta na escolha individual por meio de um ato discriminatório, um tratamento não igualitário, injustificado e inconstitucional.

Obstar o exercício da livre disposição de forma gratuita, sem justificativa constitucional, acaba por violar o princípio da dignidade da pessoa humana em suas duas facetas individual e social. Como destaca Heloísa Helena Barboza, "a autonomia privada enquanto exercício da liberdade constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade humana".<sup>34</sup>

Além disso, viola outro substrato axiológico da dignidade humana – a igualdade (art. 5º, caput, CF), eis que os homossexuais recebem tratamento diverso das demais pessoas, que apenas são proibidas de doar sangue quando de seu envolvimento efetivo em práticas de risco. As normas violam, ainda, o objetivo fundamental da República – que é a promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação, inclusive, por orientação sexual (art. 3º, IV, CF).

Admitir a constitucionalidade das normas significaria verdadeiro retrocesso à proteção dos homossexuais, até porque já é pacífica e antiga a compreensão no campo da medicina<sup>35</sup> e da psicologia<sup>36</sup> de que a homossexualidade não é uma doença, mas uma expressão da sexualidade da pessoa. Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal, reconheceu, em 2011, por meio da ADI 4277 e da ADPF 132, a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar legítima e protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, que, posteriormente, levou o Conselho Nacional de Justiça a editar a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

Nesta trajetória busca-se a efetivação do direito à igualdade e à não discriminação por conta da sexualidade, bem como o reconhecimento dos direitos ligados à vida afetiva e familiar independentemente da orientação sexual. Diante deste cenário, constitui grave violação aos direitos fundamentais dos homossexuais a restrição à doação de sangue por motivos discriminatórios e de estigma, em clara ofensa aos preceitos constitucionais.

## Considerações finais

Portanto, as normas impugnadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF acabam por violar gravemente<sup>37</sup> o princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento da República (art. 1º, III, CF) em seus dois aspectos: (i) existencial, já que acaba por tolher a liberdade sobre o corpo, a autonomia privada existencial, o poder de autodeterminação de identidade pessoal que se traduz nas escolhas sexuais de forma autônoma, livre, consciente e consentida, estritamente relacionada ao direito à intimidade e à vida privada, é uma parte essencial da construção da individualidade – aspecto

<sup>34</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407.

<sup>35</sup> A Organização Mundial de Saúde deixou de considerar a homossexualidade como doença em 1990.

<sup>36</sup> V. Res. 001/99 do Conselho Federal de Psicologia.

<sup>37</sup> No sentido da manutenção das normas impugnadas por não violar os direitos humanos: TANAKA, Mirtha Susana Yamada; OLIVEIRA, Aline Albuquerque de. *Homens que fazem sexo com homens e a análise ética da triagem dos doadores de sangue no Brasil*. In: *Revista Bioética*, ano 18, v. 3, p. 589-601, 2010.

fundante da identidade humana – a sexualidade; e (ii) coexistencial, no sentido de excluir a pessoa do sistema que tem na solidariedade social as trocas fraternas, o exercício da cidadania com a doação de sangue, que concretiza valores como o respeito à vida, a solidariedade, o afeto e a compaixão.

Nas palavras de Boaventura de Souza Santos, “temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza. Temos o direito a sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. As pessoas querem ser iguais, mas querem respeitadas suas diferenças. Ou seja, querem participar, mas querem também que suas diferenças sejam reconhecidas e respeitadas”.<sup>38</sup> Nesse sentido, é indispensável que o ordenamento jurídico promova a igualdade substancial e a vedação à discriminação em razão do exercício da sexualidade humana, sobretudo, heterodiscordante, eis que normas que desrespeitem a identidade de pessoas potenciais doadores de sangue com base na orientação sexual e não nas condutas sexuais de risco são atentatórias à dignidade e liberdade individual. Tais normas revelam um tratamento desigual e contrário à diversidade, o que destoa das premissas de um Estado laico e plural.

## Referências

- AZEVEDO, Álvaro Villaga. Transmissão de aids por transfusão de sangue. Inexistência de nexo de causalidade. Ausência de responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, v. 721, p. 62-78, nov. 1995.
- BARBOZA, Heloisa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*. O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407-423.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios da ética Biomédica*. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.
- \_\_\_\_\_. Pharmaceutical research involving the homeless. *Journal of Medicine and Philosophy*. New York: Oxford University Press, v. 27, n. 5, p. 547-564, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Baur: EDIPRO, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Soraya Marciano Silva de. O princípio da igualdade, a proteção da saúde pública e a restrição à doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens: legitimidade a atividade regulatória ou discriminação? Publicações da Escola da AGU – Pós-Graduação em Direito Público – UnB, v. 2, n. 10, p. 249-278, 2011.
- CERVASIO, Daniel Bucar; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e Solidariedade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 1, p. 97-112.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FREITAS, J. W. A doação voluntária de sangue como pena restritiva de direitos. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, v. 21, p. 45-74, 2011.

<sup>38</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

MORAIS, Jucemar da Silva. O princípio da precaução como um princípio bioético em face dos avanços biotecnológicos. *Revista jurídica*, São Sebastião do Paraíso: Libertas Faculdades Integradas, ano 1, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.libertas.edu.br/revistajuridica/mostrarrevista.php?idsum=17>>. Acesso em: 15 out. 2016.

MURIEL, Christine Santini. Aspectos jurídicos das transfusões de sangue. *Revista dos Tribunais*, v. 706, p. 30-35, ago. 1994.

RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*. 3. ed. Editore: Laterza. Collana: I Robinson. Letture, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

TANAKA, Mirtha Susana Yamada; OLIVEIRA, Aline Albuquerque de. Homens que fazem sexo com homens e a análise ética da triagem dos doadores de sangue no Brasil. In: *Revista Bioética*, ano 18, v. 3, 2010.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons Costumes no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos; ALMEIDA, Vitor. Doação de sangue, orientação sexual e discriminação: uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito Civil, Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCVil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 63-75. ISBN 978978-85-450-0568-1.