

- Nesta edição -

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

Questões atuais sobre o direito ao próprio corpo na legalidade constitucional  
Thiago Dalsenter Ribeiro de Castro

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

.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  
Luciano Pedroso Xavier, Adrioládo Agner Rosa Neto

A violação positiva do contrato é figura efetivamente útil no Direito brasileiro?  
Aline Mirando Volverde 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  
Flávio Tortore, Bruno Casagrande e Silva

Há limites ao princípio da reparação integral no Direito brasileiro?  
Carlos Edison do Rego 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?  
Caitlin Muholland

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 multilateralidade?  
Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues

Multilateralidade acolhida pelo STF: análise da decisão proferida no RE 898060/SC  
Ricardo Calderon

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

Notas sobre o regime das invalidades e a (in)capacidade da pessoa com deficiência intelectual  
Heloisa Helena Barboza, Vitor de Azevedo Almeida Junior

A curtafita como a terceira margem do rio  
Nelson Rosenthal

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

Joycenne Bezerra de Menezes

Debates acerca da pessoa com deficiência desde a perspectiva científica  
Marilia Pedroso Xavier, Ligia Ziggotti de Oliveira

A arbitragem no Direito das Famílias: cláusula arbitral em pactos antenupciais e contratos de convivência  
Paulo Nalin, Hugo Senna

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

CONCURSO DE TRABALHOS ACADÉMICOS – II PRÊMIO CLOVIS BEVILÁQUA

As cláusulas penais: uma visão da autonomia privada e da análise econômica do Direito  
Samuel Ewald Davidsp Zatto

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

Linhas mentais da disciplina dos contratos de comercialização livre de energia elétrica  
Maria Eugênia do Amaral Krotz

Eskboço de uma teoria geral do direito de retenção à luz da unidade sistemática do ordenamento brasileiro  
Rodrigo da Guia Silva

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

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

DIREITO CIVIL, CONSTITUIÇÃO  
E UNIDADE DO SISTEMA

ANA CARLA HARMATIUK MATOS  
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA  
GUSTAVO TEPEDINO

ANALIA MARIA BICHO DE OLIVEIRA  
CLAUDIO VIEIRAS TEPEGINHO

MAPA DO CONTEÚDO

MAPA DO CONTEÚDO



FÓRUM  
www.editoraforum.com.br/bloco

IBDCivil  
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISBN 978-85-450-0568-1  
9 788545 005681

CÓDIGO: 10001483



Acesse nossa livraria virtual  
www.editoraforum.com.br/bloco

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

A  
d  
In  
pr  
co  
N  
du  
do  
se  
do  
gr  
un  
to  
or  
ap  
ed  
Pr  
pr  
e i  
Co

Belo Horizonte



2019

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

## Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Arevedo Marques Neto
Alécia Pachacú Nogueira Bisolli	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coimbra Pagliarini	Iris Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	José Geraldo Vaz
Carlos Mário da Silveira	Luciano Pires
Claemir Lúcio França Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clávis Bezerra	Márcio Cammarosano
Craciury Góis	Marcelo José Zanotto Jr.
Dionysio Adelarco Massetti Goetti	Maria Sylva Zanotto Di Pietro
Diego de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Eugenio Bockman Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fábio Henrique Rotta	Ricardo Bacellar Filho
Fernando Rotta	Sérgio Guerreiro
Flávio Henrique Uunes Pereira	Walber de Moura Agra



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 - 1º andar - Savassi - CEP 30130-012  
Belo Horizonte - Minas Gerais - Tel.: (031) 2121.4900 / 2121.4949  
[www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br) - editoraforum@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 IBDCivil/ Ana  
Carla Harmatsuk 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 International de Direito Civil  
Constitucional. 3. Congresso do IBDCivil. I. Matos, Ana Carla Harmatsuk. II.  
Teixeira, Ana Carolina Brochado. III. Tepedino, Gustavo. III. Título.

CDD 342.1  
CDU 347

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica destes livros, conforme a NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de  
Normas Técnicas (ABNT):

MATOS, Ana Carla Harmatsuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo  
(Coord.). Direito Civil, Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso International 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 ..... 15ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, BENS COMUNS E UNIDADE  
SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO

## Gustavo Tepedino .....

- |    |   |    |
|----|---|----|
| 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 .....

- |   |  |    |
|---|--|----|
| 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 .....

- |   |  |    |
|---|--|----|
| 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		
<b>Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, Vitor Almeida</b>		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		
<b>Paulo Lôbo</b>		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		
<b>Luciana Pedroso Xavier, Adroaldo Agner Rosa Neto</b>		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?		
<b>Aline Miranda Valverde Terra</b>		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 ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL		
<b>Marcos Ehrhardt Jr., Gustavo Henrique G. Nobre</b>		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 DETERMINADO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA CRÍTICA À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO		
<b>Flávio Tartuce, Bruno Casagrande e Silva</b>		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?		
<b>Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho</b>		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		
Eduardo Nunes de Souza, Rodrigo da Guia Silva .....	167	
1	Introdução: o oxímoro da responsabilidade civil brasileira .....	167
2	O perfil funcional indemnizatório da responsabilidade civil em confronto com a função restitutória da vedação ao enriquecimento sem causa .....	176
3	Critica 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?		
Caitlin Mulholland .....	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?		
Milena Donato Oliva .....	209	
1	Introdução .....	209
2	O trust como importante instrumento protetivo ao lado da tutela .....	211
3	O trust e as diretrizes antecipadas .....	215
4	O trust e as cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade .....	217
	Conclusão .....	221
 DISPOSIÇÕES PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS NO PACTO ANTENUPCIAL		
Ana Carla Harmatiuk Matos, Ana Carolina Brochado Teixeira .....	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	Decisão 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 MULTRIPARENTALIDADE?**

Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues .....	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

**MULTRIPARENTALIDADE ACOLHIDA PELO STF: ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO RE 898060/SC**

Ricardo Calderón .....	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 IMPÔEM 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 conjugualidade 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 Autocuratela, 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 apoiadore.....	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>Marilia Pedroso Xavier, Ligia Ziggotti 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 Neves</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 ACADÉMICOS – II PRÊMIO CLOVIS BEVILÁQUA

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

Samuel Ewald Davidson Zatta .....	391
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/ <i>efficient breach theory</i> .....	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

Diana Paiva de Castro, Rodrigo Freitas .....	411
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

Maria Eugênia de Amaral Kroetz .....	433
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

Rodrigo da Guia Silva .....	447
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

Jéssica Linhares Martino Martins, Wagner da Silva Batista .....	467
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 e orientação sexual .....	473
4 Desfantasiando direito: o livre desenvolvimento da criança e do adolescente transgêneros enquanto materialidade .....	474
4.1 Reafirmando pressuposto: "A pessoa transgênero 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, calculado 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 soro e seus derivados, sendo vedada todo tipo de comercialização.

<sup>3</sup> O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro chegou a confirmar a constitucionalidade desse dispositivo 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 HAVIDOATO DE DISCRIMINAÇÃO, POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, POR NÃO TER SIDO PERMITIDO QUE O AUTOR DOASSE SANGUE PELO FATO DE SER ELE HOMOSEXUAL. 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 enquadram nos requisitos estabelecidos na Resolução – RDC nº 343/2002 da ANVISA do Ministério da Saúde, venham a ser impedidas de doarem sangue; posto que apenas impede a todos aqueles que praticaram algum comportamento

proíbem 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, consectário do 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>

<sup>4</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, 1º Cam. Civ. Rel. Des. Maria Augusta Vaz, julg. 09 ago. 2005).

<sup>5</sup> Até a data de acesso foram preferidos 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 suspenso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 5543. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://stf.jus.br/processos/adit/incidente/4996495>>. Acesso em: 29 maio 2018.

<sup>6</sup> Informações disponíveis em: <[http://www.msaal.gov.br/prensa/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2846:ministerio-de-salud-pone-fin-a-la-orientacion-sexual-para-donar-sangre&catid=4&destacado=slide-2846c](http://www.msaal.gov.br/prensa/index.php?option=com_content&view=article&id=2846:ministerio-de-salud-pone-fin-a-la-orientacion-sexual-para-donar-sangre&catid=4&destacado=slide-2846c)>; <<http://www.lanacion.com.ar/1628320-donaciones-sangre-homosexuales>>; <<http://www.cha.org.ar/historia-hoy-la-camara-de-diputados-de-la-nacion-aprobo-la-modificacion-de-la-ley-de-sangre>>; <<http://www.sentidog.com/law/2015/09/argentina-permite-a-gays-lebianas-y-trans-donar-sangre.html>>; <<https://www.publico.pt/2015/08/19/sociedade/noticia/homossexuais-vao-poder-dar-sangue-1705466.html>>.

<sup>7</sup> Nesse sentido: CARVALHO, Soraya Mariano Silva. 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 a 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 hemoterapicos, 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 revisitação 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 positivado 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 oportunidade, que aqui se está diante de regulamentação que toca diretamente ao núcleo mais íntimo do que se pode considerar a dignidade da pessoa humana, fundamental maior de nossa República e do Estado Constitucional que ela vivifica (...). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/testvisualizaradcp/jsp/consultarprocessoelettronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4996495>>. Acesso em: 25 dez. 2018.

<sup>8</sup> Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transeunxuais – ABLGT; Grupo Dignidade pela cidadania de gays, lésbicas e transexuais; Associação Brasileira de Famílias Homossexuais – ABRASH; Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP; Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília – CAD/UnB; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB; 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 Direito Civil – IBDFAM; Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBCJ. 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-restrir-doenca-de-sangue-feita-por-homossexuais.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

<sup>10</sup> Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812\\_sangue\\_daocoes\\_brasil\\_lgb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150812_sangue_daocoes_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 sécundo 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 95.721/1988).<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. 194.

<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. 198 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 disciplináro as atividades hemoterápicas conforme disposições desta Lei".

<sup>13</sup> V. Lei nº 9.782/1999: "Art. 8º Incumbem à Agência, respeitada a legislação em vigor, regularizar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. § 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária, pela Agência: [...] V – 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 instituiu 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.tjrf.jus.br/documento\\_library/get\\_file?uid=bf145aa0a489-425a-92dc-f9fcac2d465a](http://www.tjrf.jus.br/documento_library/get_file?uid=bf145aa0a489-425a-92dc-f9fcac2d465a)>. Acesso em: 2 jan. 2018.

Cf. FREITAS, J. W. A doação voluntária de sangue como pena restritiva de direitos. In: *Revista do Ministério Público* do RS, Göiás, 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 mérito, foi julgada constitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). Por maioria, os ministros concluíram pela improcedibilidade 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 votação separada, o ministro Celso de Mello, que votou a favor da improcedibilidade, assegurou a possibilidade de 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: "APLAÇÃO CIVEL-ACÃO 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 DIVERTIMENTO, COMO CINEMAS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA PROPRIEDADE PRIVADA. - Conflito com a Constituição Federal: lei municipal que assegura aos doadores de sangue o acesso gratuito à casas de diversões de espetáculos teatrais, musicais, circenses, cinemas e similares. - Procede a arguição de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Municipal nº 5.44/2008 do Município de Santa Cruz do Sul, pois a limitação instituída pela legislação à livre iniciativa e à propriedade privada afigura-se desproporcional". (Incidente de Inconstitucionalidade nº 70066931957, 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 9.782/99). 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, anamneses 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 PROVÍDIA (Apelação Civil nº 70066209982, Vigésima Segunda Câmara Civil, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Bonzanini, Julgado em 10 nov. 2016).

<sup>16</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>17</sup> A responsabilidade civil envolvendo doação e transfusão de sangue é objetivo, aplicando-se o disposto no art. 14 do CDC nas relações privadas e no art. 37, §6º, da CF, quando o serviço para público e pode ocorrer: (i) utilização de sangue inadequado ou contaminado; (ii) distribuição de sangue, seus componentes ou derivados em condições impróprias; (iii) omission de teste sorológico no sangue coletado para detecção de antígenos do vírus da AIDS; (iv) seletivo dos doadores sem prévia inscrição identificadora ou realização de triagem clínica e hematológica; (v) aceitação de doadores em condições clínicas ou hematológicas. Cf., todos, DINIZ, Maria Helena. *O estudo atual do biorisk: de doadores a condicões clínicas ou hematológicas*. In: REIS, Paula. *Sangue: mitos e realidades*. 2.º edição. Rio de Janeiro: 2006, p. 303-320. 1994. AZEVEDO, Alvaro Vilhena. *Transmissão de aids por transfusão de sangue. Inexistência de nexo de causalidade. Ausência de responsabilidade civil*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 72, p. 62-78, nov. 1995. A respeito do tema: "RESPONSABILIDADE DE CIVIL-HOSPITAL – CONTAMINAÇÃO PELO HIV/AIDS, 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 chega 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, inegavelmente, limitadora, impedindo-o de ter uma vida absolutamente normal, circunstância vivenciada pelo autor e seu famílias desde o seu nascimento. O arbitramento exorbitante da indenização por danos morais – 2.000 salários mínimos – comporta redução. Recurso Especial parcialmente provido. STJ, Esg. 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 doação sobre os procedimentos a que será submetido, os cuidados que deverá adotar, 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, eis 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 "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>

Ganharia 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 doarem 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 proiba 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 nacionalidade 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 infeciosos vírais, 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 Avaliação 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 mais probabilidade de ter aids simplesmente em virtude de sua identidade sexual.

As normas sanitárias ao estabelecerem essa exclusão se fundam, 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 acarribeiando a 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, emanada 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, recaendo em um cálculo de custo e benefício que diferencia o Direito para as esferas da Política e da Economia”. Desse modo, sentencia 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, calcada 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 Fermín 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 consagraram a Bioética principalista 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

<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, Fermín 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 principalista 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 1978, fruto dos estudos realizados pelo 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 principalista.

<sup>26</sup> Soraya Marciiano 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 discriminatória, 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

elas, 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 principiologia 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 danos 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 acutelatórias 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 o 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 e 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

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 atividade regulatória ou discriminação? In: *Publicações da Escola da AGU - Pós-Graduação da AGU* - 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 Juçema da Silva Morais, é aplicável juntamente com os princípios bioéticos da 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. MORAIRS, Juçema 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/revistajuridica/mostrarrevista.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 (bilaterialidade 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 pél a 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) legitima, 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 coisificar os sujeitos de modo a aniquilar sua dignidade. Assim, o dever de não mercantilizar, decorrente da aplicação dos bons costumes como limite à 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, Danièle Chaves. Autonomia e Solidariedade. In: TEPELDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 97-112.

<sup>33</sup> Segundo Stefano Rodotá, a solidariedade é um princípio que une o primor do ótimo entre países ricos e pobres. Solidariedade, na verdade, serve para identificar as bases de uma ordem jurídica que, na sua essência, todas as nossas dificuldades são exasperadas no campo legal e social. A solidariedade, portanto, uma prática que incide sobre os direitos sociais. Pensar na solidariedade como princípio significa reconhecer a historicidade. A solidariedade já existiu antes do status social e existirá sempre. Por isso, sustenta que 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 violações do segundo. RODOTÁ, Stefano. *Solidariedade: um'utopia necessaria*. 3. ed. Editora: 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 Heloisa 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, 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.

<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 Villaça. 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, 2006, 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. Bauru: EDIPRO, 2001.
- CANOTILHO, J. I. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Soraya Marciiano 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 Rodotá*. 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 Públiso do Estado de Goiás*, v. 21, p. 45-74, 2011.
- 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/revistajurídica/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.
- RODOTÁ, Stefano. *Solidariedade: un'utopia necessaria*. 3. ed. Editore: Laterza. Collana: I Robinson. Letture, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânones 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, Mirith 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 Biética*, 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 Franconini 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 IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 63-75. ISBN 978978-85-450-0568-1.

<sup>38</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânones 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.