

VOTO-VISTA

O Senhor Ministro Gilmar Mendes:

1. RETROSPECTIVA DO CASO

Presidente, diante do transcurso do tempo desde a última assentada em que este feito foi apregoado, faço, inicialmente, um breve resumo do estado atual do caso.

Trata-se, em síntese, de arguição de inconstitucionalidade de dois atos normativos (Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da ANVISA) que estabelecem inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo para realizar doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes ao fato. Eis as normas impugnadas:

Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde

?Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:

(?)

IV ? homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes?.

Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da ANVISA

?Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:

(...)

XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

(?)

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes?.

O proponente da ação, o Partido Socialista Brasileiro (PSB), sustenta que os dispositivos questionados violam, a um só tempo: (i) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB); (ii) o direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput, CRFB); (iii) o objetivo fundamental republicano de promover o bem de todos sem preconceitos ou formas de discriminação (art. 3º, IV, CRFB); e (iv) o princípio constitucional da proporcionalidade. Defende que os atos impugnados estigmatizam pessoas sem que haja qualquer modo de agir que justifique a previsão normativa, visto inexistir conduta praticada exclusivamente por homens homossexuais apta a prever a diferenciação.

Na Sessão de julgamento de 19.10.2017, após as sustentações orais, o relator do feito, Min. Edson Fachin, julgou a demanda procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados. Na sessão seguinte, o Ministro Alexandre de Moraes divergiu do Relator para julgar o pedido parcialmente procedente, a fim de dar interpretação conforme a Constituição. Após, os Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux acompanharam o relator e, então, decidiu antecipar pedido de vista para melhor examinar essa questão tão sensível quanto controversa.

Na conjuntura atual, portanto, há duas propostas de teses em discussão relativamente ao tema. A proposta do Min. Edson Fachin, que foi acompanhada pelos Ministros Barroso, Rosa e Fux, defende, em síntese, o seguinte:

?(...) o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, ?d?, da Resolução da Diretoria Colegiada ? RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ? ANVISA:

a) ofendem a dignidade da pessoa humana (autonomia e reconhecimento) e impedem as pessoas por ela abrangidas de serem como são (art. 1º, III, CRFB);

b) vituperam os direitos da personalidade à luz da Constituição da República;

c) aviltam, ainda que de forma desintencional, o direito fundamental à igualdade ao impedir as pessoas destinatárias da norma de serem tratadas como iguais em relação aos demais cidadãos (art. 5º, caput, CRFB);

d) fazem a República Federativa do Brasil derribar o que ela deveria construir ? uma sociedade livre e solidária ? art. 3º, I, CRFB;

e) induzem o Estado a empatar o que deveria promover ? o bem de todos sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação ? art. 3º, IV, CRFB;

f) afrontam a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, os quais, em razão do § 2º do art. 5º, da CRFB, por serem tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, possuem natureza materialmente constitucional. Vale dizer, em que pese não estarem sediados no texto da Constituição da República de 1988 os direitos previstos nesses tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a ela se incorporaram quando o Brasil torna-se parte destes?.

Por outro lado, o Ministro Alexandre de Moraes propõe solução alternativa, segundo a qual:

?Nas hipóteses tratadas no artigo 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, e o artigo 25, XXX, ?d?, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA,

em virtude da denominada janela sorológica ou janela imunológica, período em que os testes sorológicos são incapazes de detectar a contaminação do sangue em todos os casos; após a necessária triagem e questionário individual realizado em todos os casos, o material coletado será devidamente identificado e somente será submetido aos necessários testes sorológicos após o período de janela sorológica definido como necessário pelos órgãos competentes, no sentido de afastar qualquer possibilidade de eventual contaminação.

Dessa maneira, o DOADOR HSHs (homens que fazem sexo com homens) poderá livremente exercer seu direito de doar, sem qualquer diferenciação em virtude, seja de sua orientação sexual, seja em virtude de seu comportamento de risco, o RECEPTOR terá acesso a melhor qualidade possível de sangue para a proteção de sua saúde e os RESPONSÁVEL PELA ÁREA DE SAÚDE, estarão sujeitos a regras específicas que, devidamente observadas, minimizarão o risco de transmissão de doenças infecciosas pela transfusão sanguínea e, consequentemente, afastarão eventual responsabilização profissional e judicial?.

Feito esse relatório inicial, passo às considerações do meu voto.

2. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS PROIBITIVAS DA DISCRIMINAÇÃO ODIOSA

Anote-se que existem diversas normas constitucionais e internacionais que proíbem qualquer tipo de discriminação odiosa.

Com efeito, além do art. 3º, IV, que veda todas as formas de discriminação inferiorizantes, tem-se o direito fundamental à igualdade, estabelecido pelo art. 5º, caput, da CF/88, e o próprio valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), que demanda o respeito à autonomia privada e às legítimas opções das pessoas sobre suas escolhas existenciais.

Além disso, diversas convenções internacionais das quais o Brasil é signatário possuem previsões semelhantes:

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

?Artigo I

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição?.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Artigo 1. Obrigaçāo de respeitar os direitos.

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

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação?.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

?Princípio 1 ? DIREITO AO GOZO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos. [...]

Princípio 2 ? DIREITO À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante à lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações. A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico?.

As referidas normas demonstram o profundo compromisso das normas internacionais e constitucionais com a igualdade (SARMENTO, Daniel. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação ?De Facto?, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141; CARDINALI, Daniel Carvalho. A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões. Revista Publicum. Rio de Janeiro. V. 3. n. 1. 2017. p. 158).

Com base nesses dispositivos, permite-se concluir pela existência de um dever estatal de adoção de políticas de combate às desigualdades e à discriminação, inclusive no que se refere aos padrões culturais, sociais e econômicos que produzem essa situação (CARDINALI, Daniel Carvalho. A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões. Revista Publicum. Rio de Janeiro. V. 3. n. 1. 2017. p. 166).

Tal conclusão está assentada no fato de que os direitos fundamentais possuem não apenas uma dimensão subjetiva, atributiva de direitos fundamentais aos indivíduos, mas também uma concepção objetiva, enquanto conjunto de valores que deve nortear a atuação do Estado em todas as suas esferas.

Outrossim, deve-se vislumbrar a igualdade não apenas em sua dimensão negativa, de proibição da discriminação, mas também sob uma perspectiva positiva, de modo a promover a inclusão de grupos estigmatizados e marginalizados (CARDINALI, Daniel Carvalho. A escola como instrumento do

dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões. Revista Publicum. Rio de Janeiro. V. 3. n. 1. 2017. p. 166).

Destaque-se que diversos casos e exemplos de ataques sistematizados de violência contra as minorias integrantes da comunidade LGBT foram trazidos durante o julgamento da ADO 26, no qual esta Corte decidiu pela criminalização da homofobia no tipo penal de racismo, até a promulgação de legislação adequada pelo Congresso Nacional.

Nesse precedente, assentei que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote).

Anote-se que a proteção adequada ou os imperativos de tutela do direito fundamental à igualdade e à não discriminação não devem se basear apenas na tutela penal, tradicionalmente compreendida como ultima ratio e incidente apenas após a lesão ou grave perigo de lesão a bens jurídicos fundamentais. Em outros termos, o dever estatal de promoção de políticas públicas de igualdade e não discriminação impõe a adoção de um amplo conjunto de medidas, inclusive educativas, orientativas e preventivas, como a discussão e conscientização sobre as diferentes concepções de gênero e sexualidade.

É nesse contexto normativo de dever estatal de combate a todas as formas de discriminação odiosa que devemos analisar a constitucionalidade da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e da Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da ANVISA, que estabelecem inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo para realizar doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes ao fato.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A TEMÁTICA LGBT

Esta Corte já teve a oportunidade de julgar casos em que reconheceu a constitucionalidade de termos discriminatórios, em razão da orientação sexual do destinatário da norma. Nesse sentido, registro que, ao julgar a ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, o Tribunal declarou a constitucionalidade das expressões ?pederastia ou outro? e ?homossexual ou não? constantes do art. 235 do Código Penal Militar. Ao examinar o caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que criminalizar atos libidinosos praticados em ambientes castrenses justifica-se para a proteção da hierarquia e da disciplina militar. Contudo, não se pode

admitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, em virtude do reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Eis a ementa desse julgado:

?ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE ?PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM?. NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões ?pederastia ou outro? e ?homossexual ou não?, contidas, respectivamente, no nomen iuris e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. 2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. 3. Pedido julgado parcialmente procedente? (ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 11.5.2016).

Após essa decisão, a prática de ato libidinoso em ambiente castrense continua tipificada pelo Código Penal Militar, entretanto expressões discriminatórias foram eliminadas do tipo penal, de modo que restou claro que a conduta não deve ser punida em razão da orientação sexual do autor, mas diante do desvio comportamental em ambiente de trabalho. Assim, embora essa decisão não tenha alterado o âmbito de incidência da norma penal incriminadora, uma vez que as mesmas condutas continuaram sendo consideradas crime, o precedente teve o condão de assentar a impossibilidade do emprego de termos discriminatórios em atos normativos.

Consigno, também, o notório caso das uniões homoafetivas, em que esta Corte conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, para excluir desse dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. O acórdão desse julgado restou assim ementado:

?1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO

INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir ?interpretação conforme à Constituição? ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ?promover o bem de todos?. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ?norma geral negativa?, segundo a qual ?o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido?. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da ?dignidade da pessoa humana?: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO ?FAMÍLIA? NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCTIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ?família?, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ?intimidade e vida privada? (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reductionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM

HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ?ENTIDADE FAMILIAR? E ?FAMÍLIA?. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia ?entidade familiar?, não pretendeu diferenciá-la da ?família?. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado ?entidade familiar? como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ?do regime e dos princípios por ela adotados?, verbis: ?Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte?. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cesar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA ?INTERPRETAÇÃO CONFORME?). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ?interpretação conforme à Constituição?. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14.10.2011)?.

Outro precedente bastante relevante foi o da criminalização da homofobia e da transfobia. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Rel. Min. Celso de Mello, e o Mandado de Injunção 4.733, Rel. Min. Edson Fachin, decidiu que, até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de

razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei de Racismo (Lei nº 7.716, de 8.1.1989), constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I).

Ao julgar o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 670.422, relativamente à possibilidade de alteração do registro civil por pessoa transgênero, o STF fixou tese segundo a qual ?O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa?. Essa tese ratificou a orientação fixada inicialmente por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Eis a ementa deste acórdão:

?AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIOS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente?.

Há, ainda, outros precedentes relevantes sobre a temática LGBT, como a decisão de interpretação conforme proferida na ADI 5.971, Rel. Min. Alexandre de Moraes, acerca de lei distrital que restringiu a aplicação de políticas públicas por ela previstas exclusivamente a famílias formadas por homem e mulher. Nesse feito, a Corte decidiu que a instituição de diretrizes para implantação de política pública de valorização da família no Distrito Federal deveria levar em consideração também aquelas entidades familiares formadas por união homoafetiva.

Consigno, também, que o Min. Luís Roberto Barroso, ao apreciar medida cautelar na ADPF 527, determinou que mulheres transexuais e transgênero que estão cumprindo pena em presídios masculinos sejam transferidas para presídios femininos.

Finalmente, registro que, enquanto relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 467, deferi medida cautelar para suspender uma lei de Ipatinga-MG que exclui da política municipal de educação referências a diversidade de gênero e orientação sexual na rede pública de ensino. Na ocasião, relemrei fatos tristes que marcaram nossa história, como a apreensões de livros na Alemanha nazista e também a censura e patrulha ideológicas.

Cito todos esses precedentes, Presidente, para registrar um fato: parcela significativa de direitos fundamentais básicos da comunidade LGBT, como o casamento ou a utilização de nome compatível com a identidade de gênero, decorreram de decisão deste Supremo Tribunal Federal. Foi preciso que esta Corte interviesse para garantir direitos básicos que qualquer um de nós pode exercer sem óbices.

4. A DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS HOMENS NO DIREITO COMPARADO

No caso sob exame, estamos a analisar a constitucionalidade de dois atos normativos (Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da ANVISA) que estabelecem inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo de realizar doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes ao fato.

Essas medidas decorrem de política de proteção cujo escopo é evitar a contaminação dos bancos de sangue para transfusão. Nesse contexto, impende registrar que, no direito comparado, a resposta dada pelos diversos países quanto à possibilidade de doação de sangue por homens que têm relação sexual com outros homens envolve a adoção de uma das três hipóteses seguintes: 1) possibilidade de doação, independentemente de orientação sexual; 2) exclusão definitiva de homens que praticaram sexo com outros homens; e 3) exclusão temporária por orientação sexual.

África do Sul, Argentina, Colômbia, Chile, Espanha, Itália, México e Portugal integram o bloco de países onde a exclusão do sistema é feita com base na ideia de comportamentos de risco, e não de grupo de risco. Em Portugal, por exemplo, a Direção Geral de Saúde permite que pessoas que tenham uma relação monogâmica estável há pelo menos seis meses, independentemente da orientação sexual, possam doar sangue.

A segunda hipótese ? vedação total à doação de sangue por homens que tiveram relações sexuais com outros homens ? é adotada atualmente por

países como China, Índia, Filipinas, Suíça, Turquia e Venezuela. Registre-se que essas normas de interdição absoluta à doação de sangue datam, em geral, de mais de três décadas, remontando a período em que o HIV ainda era pouco conhecido e a associação entre AIDS e homens gays era constante.

No entanto, o contexto atual já é outro, com mais informação e desenvolvimento tecnológico. Não é por outro motivo que nações como Estados Unidos e França, que também adotavam a política da vedação permanente, evoluíram em sua concepção. Ambos os países passaram a impor restrição temporária ? pelo período de 12 (doze) meses ? como condição para doação de sangue por homens que praticaram sexo com outros homens.

Recentemente, no dia 17 de julho de 2019, A Ministra da Saúde francesa anunciou outra redução ? para quatro meses ? do intervalo de inabilitação para doação de sangue por homem que pratica sexo com outro homem. Por seu turno, nos Estados Unidos, diante do contexto da crise sanitária decorrente do Covid-19, a Food and Drug Administration (FDA) flexibilizou as restrições que impediram homens gays e bissexuais de doar sangue, ao alterar o período de adiamento recomendado para homens que fizeram sexo com outro homem de doze meses para três meses. Essas sucessivas reduções do prazos de inabilitação evidenciam o caminho que se está seguindo no direito comparado.

Outros Estados que também adotam restrição temporária são Austrália, Canadá, Reino Unido e Japão. A maioria desses países estabelece o período de restrição de um ano, mas há exemplos de lapsos temporais mais curtos (seis meses no Japão) e mais longos (cinco anos no Canadá). Todos esses países inserem-se na terceira hipótese de política: exclusão temporária por orientação sexual.

O Brasil está igualmente nesse grupo intermediário de países que não vedam absolutamente a doação de sangue por homens que praticam sexo com outros homens, porém impõem período de abstinência para a habilitação do possível doador.

Esse é o atual quadro do Estado brasileiro relativamente a outros países.

5. ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS FORAM EDITADOS COM BOA-FÉ, MAS VIOLAM A PROPORCIONALIDADE

Ao analisar os atos normativos ora impugnados, não me parece que tenham pretendido estabelecer discriminação em relação aos homens

homossexuais/bissexuais e as parceiras sexuais destes. Na realidade, focou-se no direito ao receptor do sangue doado de receber material biológico livre de contaminação.

É preciso reconhecer que os atos questionados justificam a vedação da doação de sangue por homossexuais em estudos epidemiológicos, segundo os quais a incidência de doenças sexualmente transmissíveis nesse grupo de pessoas é muito superior em relação aos heterossexuais. A mim me parece, portanto, que a boa-fé das normas é manifesta.

Contudo, no contexto atual de defesa difusa do respeito à pluralidade, as eventuais práticas discriminatórias existentes são veladas. Mais do que isso, aliás. Muitas vezes o autor do ato discriminatório sequer tem ciência da conduta inferiorizante. Nessa seara, a jurisdição constitucional tem as funções simbólica e pedagógica de fazer cessar preconceitos.

Ao ponderar os interesses envolvidos, as normas optaram por restringir temporariamente a doação de sangue por homens homossexuais/bissexuais e as parceiras sexuais destes. Ocorre que a referida vedação, como se viu, acabou por obstaculizar a doação de sangue por um grupo de pessoas considerado de maior risco.

A meu ver, o risco elevado de os homens homossexuais/bissexuais contraírem doenças sexualmente transmissíveis decorre não do fato de serem homossexuais/bissexuais, mas de praticarem, em regra, certas condutas com maior perigo de infecção, como o sexo anal. Ocorre que essa conduta não é restrita aos homens homossexuais, sendo também praticada indistintamente por casais heterossexuais. Assim, seria possível às normas ? como fizeram nos demais incisos ? focar em comportamento de risco, e não em grupo de risco.

Observo que a sistemática delineada pelas normas brasileiras acaba por classificar gays e bissexuais como ?grupo de risco?, embora esse conceito seja, como se sabe, retrógrado e ultrapassado. Presume-se que certas pessoas estariam sempre em situação de risco acrescida ou em comportamento de risco, em vez de levarem-se em conta práticas sexuais concretas.

Registre-se que as normas não empregam o termo ?grupo de risco?, entretanto a descrição da conduta de manter relações sexuais com outro homem não indica um efetivo ?comportamento de risco?, mas sim um sujeito específico, que seria mais propenso a contrair o vírus HIV e doar sangue contaminado.

De mais a mais, é de questionar-se a proporcionalidade da medida restritiva. Como assentado no Parecer da Procuradoria-Geral da República:

?(...) Os dispositivos nem mencionam o uso de preservativo em relações sexuais como critério de seleção de doadores de sangue, método com maior eficácia para evitar contágio de AIDS e demais DSTs. No caso de homens heterossexuais, basta para sua habilitação que tenham feito sexo com parceira fixa nos 12 meses anteriores à doação, ainda que sem uso de preservativos. Já em relação a homens gays e bissexuais, os dispositivos vão muito além, para exigir absoluta ausência de quaisquer relações sexuais pelo período mínimo de um ano. Qualquer relação sexual com outro homem se torna obstáculo intransponível à doação, pouco importando que tenha ocorrido com parceiro fixo e com uso de preservativo.

Ao tempo em que veiculam proteção deficiente para tutela da saúde, no que se refere à doação de sangue por homens heterossexuais ? porquanto se contentam em exigir relação sexual com parceira fixa, o que não afasta, por si, possibilidade de transmissão de doenças, mormente se não há utilização de preservativo ?, as normas são extremamente restritivas no que se refere à doação por homens gays ou bissexuais, pois lhes impõem condição desproporcional e irrazoável (completa abstinência sexual por 12 meses), a qual equivale a vedação peremptória para doar sangue?.

É nítida, portanto, a discriminação cometida pela Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e pela Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da ANVISA.

A orientação sexual e afetiva há de ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação. Portanto, entendo, com base nos princípios da igualdade, da liberdade, de autodesenvolvimento e da não discriminação por razão de orientação sexual, que esta Corte tem um dever de proteção em relação às minorias discriminadas.

Feitas essas considerações, observo que o inciso IV do art. 64 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde é efetivamente discriminatório. Com efeito, a norma torna inapto à doação de sangue um grupo de pessoas considerado de maior risco de contaminação de doenças sexualmente transmissíveis, sem levar em consideração as condutas efetivamente praticadas. O referido dispositivo destoa dos demais incisos do mesmo artigo, na medida em que os outros casos de inaptidão temporária à doação de sangue levam em consideração comportamentos de risco concreto, como a

prática de sexo em troca de dinheiro ou drogas (inciso I), a relação sexual com parceiros ocasionais ou desconhecidos (inciso II) e a realização de piercing, tatuagem ou maquiagem definitiva (inciso VII).

Incide na mesma discriminação a alínea ?d? do inciso XXX do art. 25 da Resolução 34/2014 da ANVISA.

Eis a transcrição integral das normas:

Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde

?Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:

I ? que tenha feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais;

II ? que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;

III ? que tenha sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais;

IV ? homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;

V ? que tenha tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea;

VI ? que tenha vivido situação de encarceramento ou de confinamento obrigatório não domiciliar superior a 72 (setenta e duas) horas, durante os últimos 12 (doze) meses, ou os parceiros sexuais dessas pessoas;

VII ? que tenha feito ?piercing?, tatuagem ou maquiagem definitiva, sem condições de avaliação quanto à segurança do procedimento realizado;

VIII ? que seja parceiro sexual de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de componentes sanguíneos ou derivados; e

IX ? que teve acidente com material biológico e em consequência apresentou contato de mucosa e/ou pele não íntegra com o referido material biológico?.

Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da ANVISA

?Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:

XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

a) indivíduos que tenham feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais;

b) indivíduos que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;

c) indivíduos que tenham sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais;

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;

e) indivíduos que tenham tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea ou as parceiras sexuais destes;

f) indivíduos que sejam parceiros sexuais de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de hemocomponentes ou hemoderivados (transplantes); e

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

Diante desse quadro de reconhecimento da discriminação, resta saber se a opção normativa brasileira de exigir período de abstinência de doze meses, unicamente em relação a atos sexuais praticados por homens com outros homens, tem guarda constitucional. Em outros termos, as normas questionadas são compatíveis com a Constituição de 1988, especialmente com os princípios da não discriminação e da proporcionalidade?

Entendo que não, por diversas razões.

Em primeiro lugar, registro que estamos a julgar caso cujos efeitos da decisão são bastante simbólicos e pedagógicos. Isso porque é preciso reconhecer que a própria efetividade das normas ora impugnadas é questionável, na medida em que a condição de homossexual/bissexual dos potenciais doadores é aferível por meio de autodeclaração, de modo que um homem que omite a prática de relação sexual com outro homem nos últimos doze meses estará apto a se submeter ao teste sanguíneo e efetuar doação.

Além disso, como já antecipei, o tratamento normativo é absolutamente distinto entre homens que praticam sexo com outros homens e homens que praticam sexo com mulheres, ainda que o comportamento desses últimos possa ser considerado de maior risco. Com efeito, em relação aos homens que praticam sexo com outros homens, qualquer relação sexual com outro homem se torna obstáculo intransponível à doação, pouco importando que

tenha ocorrido com parceiro fixo e com uso de preservativo. Por outro lado, os homens heterossexuais têm uma presunção de aptidão para doar, bastando que tenham feito sexo com parceira fixa nos 12 meses anteriores à doação, ainda que sem uso de preservativos.

Muito se discutiu, durante as sustentações orais, sobre o risco epidemiológico de se permitirem doações de sangue por homens que fazem sexo com outros homens. Trata-se de questão estatística, segundo foi defendido. Contudo, embora seja preciso reconhecer a boa-fé das normas impugnadas, não se pode ter a ingenuidade de acreditar que condutas discriminatórias são assumidas ostensivamente. Ao contrário, apresentam-se justificativas em prol da defesa de um bem maior.

É bastante oportuno, no ponto, relembrar célebre discurso da jurista americana Phyllis Schlafly, dirigido ao grupo de eleitores conservadores, no contexto da eleição presidencial de Ronald Regan, em que critica diversas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos:

?Foi a Suprema Corte quem aboliu a oração e os dez mandamentos em escolas públicas. Foram decisões da Suprema Corte que forçaram a integração racial entre as crianças nos ônibus escolares que as transportavam para o outro lado da cidade, para escolas que seus pais não escolheram. Foram decisões da Suprema Corte que liberaram a pornografia que invadiu nossas bancas de revistas e televisores. Foram decisões da Suprema Corte que aboliram a pena de morte desencorajante do crime. E, claro, foi uma decisão da Suprema Corte que trouxe este trágico mal do nosso tempo; foi uma decisão da Suprema Corte de 1973 que inventou esse novo direito de uma mulher matar seu bebê não nascido?

Como se percebe, as decisões atacadas teriam impedido o ensino religioso, dificultado o acesso à educação, potencializado a pornografia, encorajado o crime e permitido que mulheres matem os seus bebês. Contudo, trata-se de uma série de precedentes judiciais em que a Suprema Corte dos Estados Unidos efetivou direitos fundamentais ligados à laicidade estatal, à proibição de segregação racial, à liberdade de expressão, à vedação de penas de caráter cruel e ao direito à autodeterminação das mulheres.

No caso sob exame, a discriminação legal se justifica em estatísticas segundo as quais homens homossexuais e bissexuais estão mais propensos à contaminação por doenças sexualmente transmissíveis. Assim, foca-se nesse grupo considerado de risco, para inabilitá-lo à doação de sangue pelo período de 12 meses.

Ocorre que estatísticas não podem ser invocadas para justificar o absurdo. Ilustrativamente, o Boletim Epidemiológico HIV/AIDS 2018

registra que, desde 2015, a taxa de contaminação de homens, independentemente de orientação sexual, é superior ao dobro da taxa de contaminação das mulheres. Nesse contexto, se levarmos em consideração unicamente esse dado científico, seria possível afirmar que a doação de sangue por mulheres é muito mais segura do que a doação de sangue feita por homens. Todavia, isso justifica que ato normativo restrinja a possibilidade de doação apenas às mulheres? Ainda que a medida seja adequada e necessária para preservar a saúde dos bancos de sangue, seria ela proporcional? Haveria uma correlação entre as intensidades da limitação imposta e a tutela ao bem jurídico pretendida? Creio que não!

Dados científicos constantes desse mesmo relatório (página 31) também indicam que a incidência de casos de HIV tem aumentado significativamente em relação à população idosa. Esse dado autorizaria excluir essa parcela da população dos potenciais doadores?

Essas são apenas algumas das indagações que podem ser feitas para provocar a nossa reflexão. Mas o que merece mais atenção na norma impugnada é o fato de tratar de maneira absolutamente distintas homens, conforme eles pratiquem sexo com outros homens ou com mulheres. Os primeiros são inaptos à doação de sangue, ainda que adotem medidas de precaução, como o uso de preservativos, enquanto os últimos têm uma presunção de habilitação, ainda que adotem comportamentos de risco, como fazer sexo anal sem proteção.

O resultado dessa metodologia conduz a que homens que praticam sexo com outros homens só podem doar sangue se aceitarem uma restrição quase proibitiva do exercício de sua sexualidade para garantir a segurança dos bancos de sangue e de eventuais receptores.

Ante todo o exposto, reconheço a inconstitucionalidade material dos atos normativos impugnados, por violar, ainda que de maneira não intencional, o objetivo constitucional da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Finalmente, não vislumbro que a declaração de inconstitucionalidade das normas impugnadas aumentará significativamente o risco de contaminação, em virtude da possibilidade de transfusão de sangue por homens que praticam sexo com outros homens. Por outro lado, essa decisão orientará a formulação de políticas públicas, de modo a fazê-la recair sobre comportamentos de risco ? e não grupos de risco.

Assim, a um só tempo, a norma será mais eficiente e também evitará a perpetuação de preconceitos históricos e sistemáticos em relação a uma comunidade já tão estigmatizada.

Finalmente, registre-se que essa discussão se faz bastante atual no contexto de excepcionalismo decorrente da crise sanitária do Covid-19. Isso porque a anulação de impedimentos inconstitucionais tem o potencial de salvar vidas, sobretudo numa época em que as doações de sangue caíram e os hospitais enfrentam escassez crítica, à medida que as pessoas ficam em casa e as pulsações são canceladas por causa da pandemia de coronavírus.

6. DISPOSITIVO ? JULGAR A DEMANDA PROCEDENTE COM RESSALVAS DA BOA-FÉ DO LEGISLADOR E A POSSIBILIDADE DE REDEFINIÇÃO DA POLÍTICA, COM ÊNFASE EM COMPORTAMENTO DE RISCO

Dito isso, considero que a norma seria constitucional se, por exemplo, tornasse inaptas à doação de sangue, pelo período de 12 meses, todas as pessoas que praticam certo comportamento, independentemente de suas orientações sexuais. Faço aqui uma espécie de apelo ao legislador, para que, em suas decisões políticas, pondere sobre a necessidade de ênfase em comportamentos de risco, em vez de grupos de risco.

A mim me parece que as normas impugnadas seriam consideradas constitucionais caso, onde se lê ?homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes?, fosse possível ler ?pessoas que tiveram relação sexual anal com outras pessoas? ou ?pessoas que fizeram sexo sem proteção?. Contudo, não compete à jurisdição constitucional reconfigurar completamente a política pública estabelecida, notadamente porque essa interpretação ampliaria a vedação estabelecida pela norma e esbarraria nos limites da Justiça Constitucional enquanto legislador negativo.

Ante todo o exposto, diante do dever de proteção das minorias que exerce a jurisdição constitucional, julgo procedente a ação, com as ressalvas lançadas para que o legislador possa redefinir a política pública, com ênfase em comportamento de risco.

É como voto.

"PLENÁRIO VIRTUAL - MINUTA DE VOTO - 01/05/2020 00:00:00"